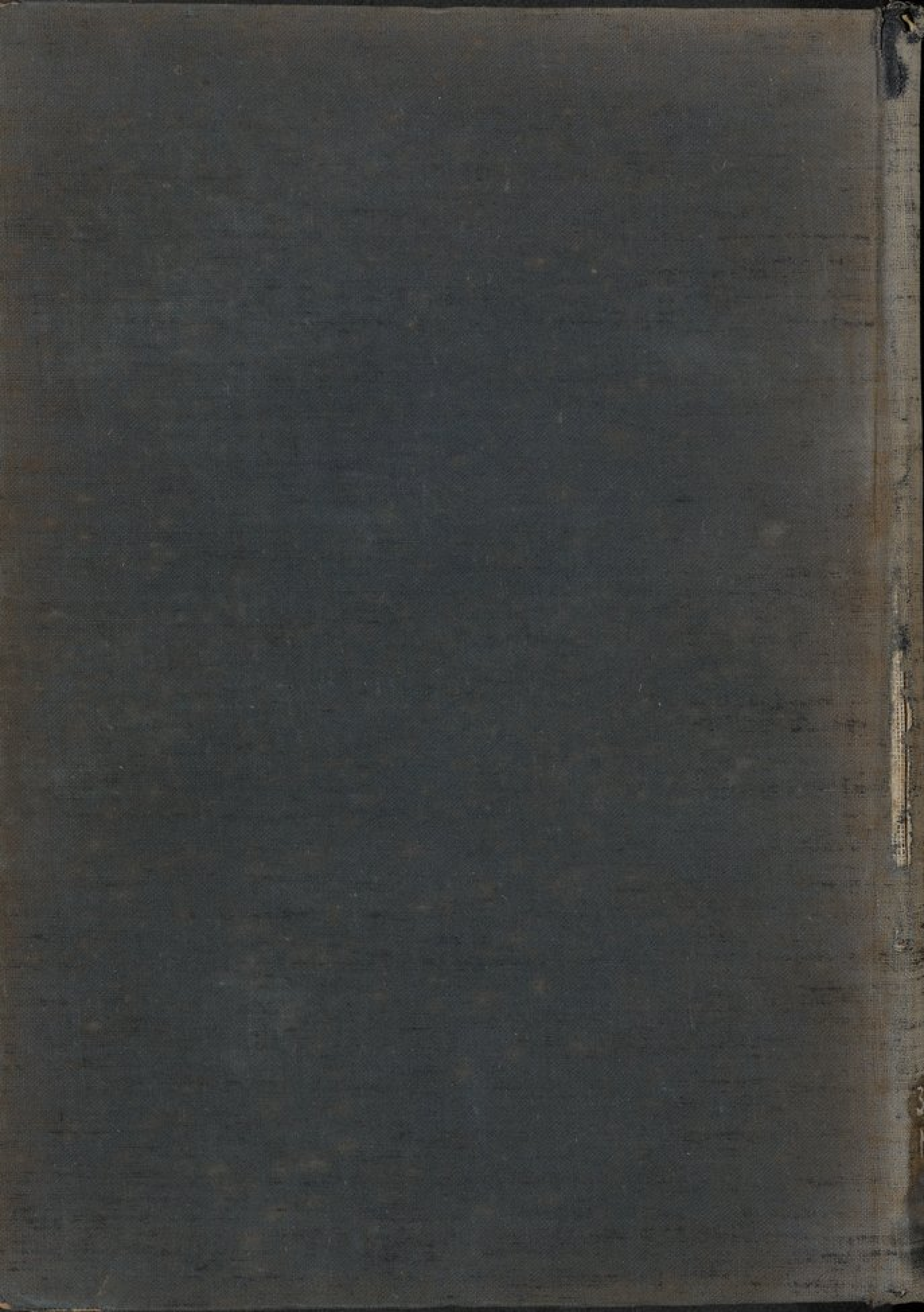
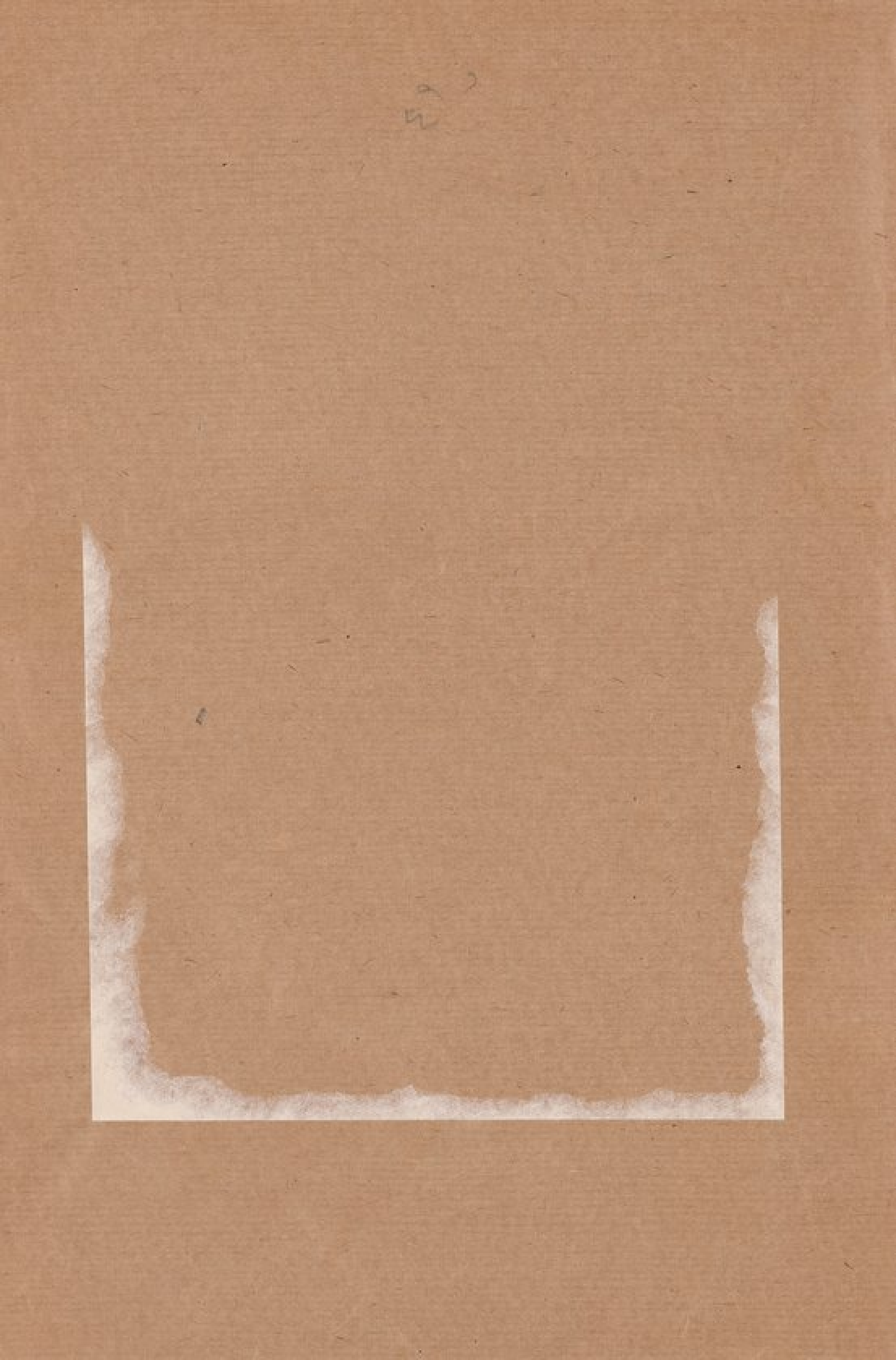








النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية

الجزء الاول

النظرية العامة للموجبات والعقود
في الشريعة الاسلامية

الناشر
مكتبة الكشاف ومطبعتها
بيروت

النظرية العامة
للموجبات والعقود
في الشريعة الاسلامية

بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة

تأليف
المحامي صبحي محمصاني
دكتور في الحقوق (ليون) ب.ح. (لندن)
استاذ المجلة والقانون الروماني في جامعة بيروت الاميركية
رئيس غرفة في محكمة الاستئناف اللبنانية سابقاً
عضو المجمع العلمي العربي بدمشق

الجزء الأول
بحث في التصرفات الشرعية بوجه عام
وفي التصرفات الفعلية أو الأعمال غير المباحة

١٩٤٨

مقدمة

ليست الغاية التي قصدت اليها من تأليف هذا الكتاب ان اجمع في جامع واحد المذاهب الاسلامية في العقود والموجبات ، لان ذلك يتطلب مجاميع عديدة ومجلدات لا تحصى . انما الغاية من وضع كتابي هي استخلاص النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، ومقارنتها بالنظرية العامة المعروفة في القوانين المدنية العصرية .

وانا لا ادعي ان المسلمين في دراساتهم الفقهية تطرقوا من حيث الاسلوب الى نظرية عامة تشبه النظرية الحديثة . بل انهم على العكس لم يفعلوا ذلك لان هذه النظرية رومانية الاصل ، وان الفقه الاسلامي لم يتأثر مبدئياً بفقه الرومان ، كما اثبتّ في كتاب « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ولان للمسلمين اسلوبهم العلمي ونهجهم الفقهي الخاص .

غير ان هذا التباين في الاسلوب الشكلي لم يستتبع تبايناً كبيراً في الجوهر . وما غايتي ههنا الا ان اسعى الى جمع المبادىء العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، والى اخراجها في لغة النظريات الحديثة او في حلة الاسلوب الحديث .

ولا أنكر جهود من سبقني في هذا البحث الوسيع الشاق . ولكن لا بد من الملاحظة ان تلك الجهود كانت محصورة بوجه عام في ناحية من النواحي فقط او في مذهب من المذاهب فحسب . واني لا ارى البحث في مذهب واحد كافياً للوصول الى تصوير النظرية الاسلامية الحقيقية ، بل لا بد لذلك من الالمام بالمذاهب المختلفة جميعاً ، حتى تصح بعدئذ مقارنة النظريات الاجنبية بالشريعة الاسلامية بكاملها لا بمذهب واحد منها .

وفوق ذلك فان في المقارنة والمقابلة بين المذاهب المتعـــددة ، كما في مقارنة الشرائع الحديثة ، ميداناً وسيعاً لتمرين الفكر الفقهي وللبحث والاستفادة . ففي هذه المذاهب جميعاً كنز لا يفنى من الآراء والنظريات ، المتوافقة حيناً والمتعارضة حيناً آخر ، والتي لا تخلو ابداً من قيمة علمية وفلسفية عظيمة .

واني لا أنسى ولن أخفي ما وجدته في اثناء تصنيف هذا الكتاب من عقبات وصعوبات ، وما اعتراني من يأس في بعض المسائل ، اما لعدم توافر المراجع فيها ، او لتناقض تلك المراجع . وكثيراً ما اختلفت الروايات في المذهب الواحـــد ، فكان البحث في التنقيب عن مصادرها وفي تحقيق اصحها من الامور الصعاب .

ومما اوجب الزيادة في التدقيق والرجوع الى الكتب الاصلية المعتبرة في كل مذهب ماجاء في بعض كتب المقابلات في المذاهب الاسلامية ،لا سيما في المختصرات منها ،من اغلاط ربما نتجت عن عدم انتشار المراجع الاصلية او عدم طبعها او تعدد الاقوال في المذهب الواحد . وآسفُ أن ارى بعض هذه المختصرات برغم اغلاطهـا قد ترجمت الى اللغات الاجنبية ، ونقل عنها المستشرقون ونفر قليل من الشرقيين المعاصرين ، فكان ذلك سبباً للتشويش والتضليل .

ولم يكن سبب الصعوبة قلة المراجع في بعض المسائل فحسب ، بل كان سببها كثرة المراجع ايضاً في مسائل اخرى . حتى اقتضى الامر الرجوع الى اقـدم تلك المراجع واصحها وضمها جميعاً ومقارنتها بغيرها . ولن أنكر ما بذلت في هـذا من وقت ، وما لقيت من مشقة كادت تسير بي الى اليأس والقنوط .

ولست أقصد بكل ذلك الى ان أتمدح أو أن أطنب فيما انفقت من جـدٍّ وكابدت من صبر ، ولا إلى ان أبالـــغ في قيمة عملي وتأليفي . بل انما أقصد الى الاعتذار عما قد يجده القارىء الكريم من الخطـــأ أو النقص . وما العصمة الا لله وحـــده .

ولا يعتبنّ القارىء إذا ما ذكرت له بعض المسائل البديهية المعروفة في القوانين الحديثة او في علم الحقوق او تاريخـه ، لا سيما بعض احكام القانون الروماني او غير ذلك من المسائل التي لا تحتاج الى بيان ولا توضيح . ولكن ذلك كان لا بد منه لاجل تسهيل المقابلة التي هي اول مقاصد كتابي. وكان لا بد منه ايضاً لاجل تقريب النظريات الحديثـة الى بعض اخواني الشرقيين الذين لم يطلعوا عليهـــا بتفصيل ،

والذين افتخر بالكتابة لاجلهم .

ولا شك في انه لا يجوز الحكم على شريعة من الشرائع الا بالقياس الى الزمن والظروف التي وجدت فيها ، ولا يصح النظر الى شرائع الماضي بمنظار الحاضر ، كما انه لا يصح تقدير شرائع اليوم بمعيار المستقبل . واني اعتقد ان في الشريعة الاسلامية ، بمجموعها وعلى اختلاف مذاهبها ، احكاماً عامة تصلح لان تكون أساساً لنظرية عامة في الالتزام . واذا كان في بعض المسائل الفرعية فراغ او نقص او خلاف ، فذلك سببه اختلاف الازمنة والامكنة واختلاف النهج الفقهي الاسلامي .

والحاصل ان هذه الشريعة الغراء ليست من الجمود بحيث زعم بعض الجهلة . بل هي قابلة لان تساير التطور الاجتماعي وان تجاري كل مدنية وحضارة ، لانها بعبارة الفقهاء شريعة كل زمان ومكان ، ولانه لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمنة والامكنة والعادات .

ولست اقول ذلك تعصباً مني للشريعة الاسلامية . إنما أقوله لأنه لا يجوز انكار الحقائق العلمية الثابتة ، ولا طمس هذه الحقائق اوتشويهها ، كما فعل نفر من الناس بضاعتهم بعض المصادر الناقصة أو المغلوطة . إذ يدعون معرفة هذه الشريعة ، بل يزعمون ان معرفتها وقف عليهم ، فيتخيلون الامام الأعظم أبا حنيفة النعمان وغيره من الائمة مترجمين لفقه الرومان ، ويوهمون ان ما يقتبسه الشرق من قوانين الغرب الجديدة هو دليل على ان التاريخ يعيد نفسه في هذا المضمار . ثم يكتبون ويستنتجون كما تشاء أهواؤهم ، أو كما يمليه عليهم اعتقادهم المغلوط ، أو كما تؤهلهم له دراستهم السطحية .

وان كل هذا والله كان من العوامل التي دفعتني الى تأليف كتابي . وارجو ان اكون في النتيجة قد توفقت بعض التوفيق الى الغاية التي نشدتها . وحسبي ان اكون على الاقل قدنقلت بعض ما خلفه العرب والمسلمون في ميدان العلوم الشرعية ، هذه العلوم التي تستحق منزلة سامية في تاريخ الانتاج الفكري في العالم بلا مراء .

« وما توفيقي إلا بالله ، عليه توكلت واليه انيب » .

القسم الأول

التصرفات الشرعية بوجه عام

الباب الأول

كلمة عامة في المال وتقسيمه

تعريف المال

ان علاقات الناس فيما بينهم في حياتهم الاجتماعية مشتبكة معقدة . ولعل اكثرها اشتباكاً وتعقيداً المعاملات الشرعية المتنوعة .

وان هذه المعاملات بالجملة تمس ، عن بعد او عن قرب ، الافراد بذاتهم او باموالهم . فالافراد ، سواء أنظر اليهم منفردين أم كجزء من العائلة او المجتمع ، يخضعون لطائفة من الاحكام تبين حقوقهم وواجباتهم ، وتسمى في الفقه احكام الاحوال الشخصية ، وهي خارجة عن دراستنا في هذا المقام .

أما اموال الناس وثروتهم فهي متصلة بموضوعنا عن التصرفات الشرعية ، بالنظر الى الحقوق المختلفة التي ترتكز عليها . فلا بأس إذن من ان نلم الماماً سريعاً بمعناها وبأهم اقسامها .

وان المال في الفقه يختلف عن الشيء . فاذا كان كل مال شيئاً فليس كل شيء مالاً . فالشيء هو كل ما كان في الوجود . أما المال فهو الشيء المتصف بصفة او صفات معلومة .

ويطلق المال في تعريفه القانوني اليوم على كل ما كانت له قيمة تجارية . ولكن

هذا التعريف لم تأخذ به المجلة . ففيها «المال هو ما يميل اليه طبع الانسان ، ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة » (المادة ١٢٦) . فلتفهّم هـــذا التعريف ، ولمعرفة الخلاف الواقع بشأنه في بعض المذاهب، نرى ان نحلل ههنا الشروط المطلوبة في الشيء ليكون مالاً عند الحنفيين ، او لتكون له ، كما يقولون ، صفة المالية . وها هي :

اولا — يجب للشيء ، بعبارة المجلة ، « ان يميل اليه طبع الانسان » ، وبعبارة عصرية ، يجب ان تكون له ، كما قلنا ، قيمة تجارية . فيخرج من هذا ما ليس له مثل هذه القيمة ، كالجيفة او كالانسان الحر . وبمعناه قال الشافعي : « لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه [1] » . اما تعبير المجلة الغريب ، فسببه ربما كان لغوياً ، لقرب لفظ الميل من المال ، او ربما كان معنوياً ، لميل الانسان بطبعه الى المال والتموّل . وعلى كل فهذا التعبير منقول عن الكتب الفقهية الحنفية [2] .

ثانياً — ينبغي ، كما جاء في تتمة تعريف المجلة الذي ذكرناه ، ان يكون الشيء قابلاً للادخار الى وقت الحاجة . وقد استنتج الحنفيون من هـــذا الشرط الذي أوجبوه ان المنافع ، كحق السكنى والاستغلال وغيرهمـا ، لا تعد من الاموال لانها غير قابلة للادخار . ولذا وضعوا في قواعدهم الكلية انه « لا تقوّم المنافع في انفسها » [3] . ولكنهم استثنوا من هذه القاعدة المنفعة في عقد الاجارة ، واعتبروها مالاً متقوما . فخالفوا القياس في ذلك استحساناً للضرورة والحاجة .

وتعليل هذه القاعدة نظري . قال السرخسي « ان صفة المالية للشيء انما تثبت بالتموّل ، والتموّل صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة . والمنافع لا تبقي وقتين ، ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى ، فلا يتصور فيها التموّل » . ولكن هذا التعليل النظري غير عمـلي ، لان المذهب الحنفي بنى عليه قواعد اخرى ، فيها حرج كبير على الناس . منها ، كما سنرى في حينه ، ان الغاصب لا يضمن منفعة المغصوب . مثاله اذا استولى احد بدون عقد او بغير حق على دار او دابة لآخر ، فانه لا يجبر على اعطاء مالكها اجراً ولا تعويضاً [4] .

---

(١) كما نقله السيوطي في كتاب الاشباه والنظائر ، ص ١٩٧ .

(٢) راجع مثلا شرح الحموي على الاشباه والنظائر، ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٣) راجع المجامع وشرحه ، ص ٣٢٩ .

(٤) راجع المبسوط ، ج ١١ ص ٧٨ وما بعدها . استثنت المجلة من ذلك كما سنرى مال الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال (راجع المواد ٥٩٦ — ٥٩٩) .

لذلك لا غرو من ان نرى الامام الشافعي يخالف الحنفيين في هـذه المسألة ، فيعتبر ان هذا الشرط الثاني في تعريف المال ليس بضروري ، ويرى « ان المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين ، وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا ، والمنافع منا او من غيرنا بهذه الصفة ، وانما تعرف مالية الشيء بالتموّل ، والناس معتادون تموّل المنفعة بالتجارة فيها » . وقد ذهب الحنابلة هذا المذهب ايضاً [١] .

وان الشافعي وابن حنبل واتباعهما كانوا على حق في هـذا القول ، لانه اوفق لحاجات الناس في الحياة الاجتماعية ، واقرب لمبادىء العدل والاقتصاد الصحيحة . فالمنافع بلا ريب كانت ولا تزال من العناصر الرئيسية المعتبرة في تكوين قيمـة الاشياء ، او هي كما قال عز الدين بن عبد السلام « الغرض الأظهر من جميـع الاموال » [٢] . فلا عجب من ان يكون لهذه المنافع من حيث هي قيمة مالية او صفة المال المتقوم .

فاذن قد احسنت المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، التي عدلت المجلة في هذه المسألة ، حيث نصت على ان « ما تعورف تداوله من الاعيـان والمنافع والحقوق على الاطلاق هو في حكم المال المتقوم » . وكذلك تعتبر المنافع عند الرومان [٣] وفي القوانين العصرية من الاموال ، وتسمى الاموال غير الحسية لتفريقها عن الاعيان او الاموال الحسية .

ثالثاً — من شروط المال المتقوّم ان يكون مما يباح الانتفاع به (المجلة المادة ١٢٧) . فعند المسلمين ، لا يعدّ الخمر والخـنزير من الاموال المتقومة في حقهم ، لانه لا يحل لهم الانتفاع بهما . ولكنهما عند بعض الفقهاء كأبي حنيفـة ومالك يعتبران مالا في حق غير المسلمين ، كأهل الذمـة ، الذين اعتادوا تداولهما والاتجار بهما . اما عنـد الشافعي وابن حنبل وابي ثور واتباع المذهب الظاهري ، فلا تعتبر

---

(١) انظر السرخسي في الموضوع المذكور ، والشرح الكبير (بذيل المغني ، ج٥ ص ٤٣٩).

(٢) في كتاب قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ج ١ ص ١٧٢ .

(٣) راجع كتاب الاحكام ليوستنيانوس (Inst. 2, 2) حيث جاء فيه : —

« Res corporales quae tangi possunt, res incorporales quae tangi non possunt »

مثل هذه الاشياء المحرمة مالا متقوماً ، لا بالنسبة الى المسلمين ولا الى غيرهم [١] . ولا شك في ان هذا الحكم تغير في القانون العثماني ، بمقتضى المادة ٦٤ المشار اليها .

رابعاً - يشترط اخيراً للمال المتقوم ان يكون محرَزاً . فان مالا يمكن احرازه ، كالهواء والشمس والبحر وما اليها ، لا يمكن اعتباره مالا متقوماً . والسمك في البحر غير متقوم لانه غير محرز ، ولكن اذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز (المجلة المادة ١٢٧) .

وقد أحسن الرومان بوضع الاشياء التي لا تقبل الاحراز خارج الاموال التي يملكها المرء وتؤلف ثروته ، واصابوا بوضعها في فئة خاصة ، تسمى « اشياء خارج الثروة [٢] » او الاشياء غير المملوكة .

والاموال تقسم الى اقسام عديدة اختلفت باختلاف القوانين وعصور التاريخ . وان بحثها المستفيض يقتضي مجالا اوسع من مجالنا هنا . لذا نكتفي منها بلمحة وجزة ، تبين اهمها وما ذكرته منها مجلة الاحكام العدلية . وهي : المنقولات وغير المنقولات ، المقدرات وغير المقدرات ، المثليات والقيميات ، الاعيان والمنافع .

المنقولات وغير المنقولات

المال نوعان : منقول وغير منقول .

فالمنقول في المجلة هو « الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات » (المادة ١٢٨) .

وهذه الامثلة واضحة لا تكاد تحتاج الى بيان . فالحيوانات هي من الاموال المنقولة . وقد كانت من اهمها في القديم ، يوم كانت وحدها واسطة النقل والحمل والزراعة ، كما كان الامر عند الرومان الذين وضعوها في فئة الاشياء الثمينة ، [٣] وكما كان الامر عند العرب ، سواء في الجاهلية أم بعدها ، اذ كانت الابل والخيل

---

(١) راجع المبسوط (ج ١١ ص ١٠٢ — ١٠٥) ، والمحلى لابن حزم (ج ٨ رقم ١٢٦٦) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٥١) ، واختلاف الفقهاء للطبري (ص ١٦٠) ، والمغني (ج ٥ ص ٤٤٢) .

(٢) Res extra patrimonium. راجع كتاب غايوس الاحكام (القسم الثاني رقم ١) ، (Inst. G. II 1) ، وبمعناه في القانون المدني الفرنسي كتاب بلانيول (ج ١ رقم ٢١٧٠) .

(٣) Res mancipi

والدواب عماد حياتهم الاقتصـادية ، وكانوا يتغنون بها في اشعارهم وامثالهم ، وكانت من ثم موضوع كثير من احكامهم ، واثيرت حولها مسائل عديدة ، واقعية وفرضية ، كما سنرى في امثلة لا تحصى واردة في المجلة وغيرها من الكتب الفقهية .

ثم من اهم المنقول النقود . وهذه كانت ولا تزال عنـوان الثروة وواسطة المبادلة الاساسية .

ومن البديهيات التاريخية ان النقد بدأ بعد عهد المقايضة الفعلية ، وكان في اول الامر معدناً غير مسكوك ، يوزن عند كل معامـلة كما توزن السلع المبيعة العادية . ثم عرف بعد ذلك النقد الرسمي المسكوك من المعادن المختلفة .

وقد بحثت المجلة في ذلك ، ونصت على ان « النقود جمع نقد ، وهو عبارة عن الذهب والفضة » (المادة ١٣٠) ، أي المسكوك منهما . ونصت ايضاً على ان « المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة من النقود عرفاً » (المادة ١٣٣٩) . أما غير المسكوك من الذهب والفضة ، فقـد عدته المجلة في حكم النقود ، اذا جرى التعامل به كواسطة للمبادلة بين الناس عرفاً وعادةً ، والا فهو في حكم العروض (المادة ١٣٤٠) .

هذا طبعاً في ايام المجلة وقبلها . اما اليوم ، وقد تغيرت الاحكام بتغير الازمان ، فيطلق النقد على جميع ما جرى التعامل به عرفاً او قانوناً كاداة للمبادلة ، مهما كان نوعه . ولا شك في ان النقد الدارج في التجارة الداخلية أصبح رمزياً ، مؤلفاً من الورق الرسمي المطبوع ، حتى ان هذا النوع صار وحده مقبولاً في المعاملات في بعض البلاد [١] .

وانواع أخرى من المنقولات هي المكيلات والموزونات ، اي التي تباع بالكيل والوزن ، كما سنوضح قريباً . فهذه بطبعها منقولة ، لان ما لا يمكن نقله لا يتصور فيه الكيل والوزن .

واخيراً العروض ، وهي جمع عرض (بسكون الراء او بتحريكها) . ومعناها لغةً كل شيء سوى النقود ، واصطلاحاً كل ما بقي من الاموال المنقولة بعد مـا ذكرنا . او بعبارة المجلة « هي ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات ،

---

(١) منع التعاقد بالنقد الذهب في لبنان بمقتضى القرار ذي الرقم ١٨ ل . الصادر في ١٦ ك ٢ سنة ١٩٤٠ .

كالمتاع والقماش » (المادة ١٣١) ، وكالثمار بعد قطفها ، وما الى ذلك .

اما المال غير المنقول بلغة المجلة ، او المال الثابت بالاصطلاح المصري [١] ، فهو العقار ، اي « ما لا يمكن نقله من محل الى آخر كالدور والاراضي » (المادة ١٢٩ من المجلة) ، او ما لا يمكن نقله بدون ضرر أو تلف كالاشجار الواقفة قبل فصلها او قطعها . ولكن البناء والاشجار دون الارض تعد من الاموال المنقولة [٢] .

وقد قسمت المجلة العقار الى محدود وغير محدود . فالاول « هو العقار الذي يمكن تعيين حدوده واطرافه » (المادة ١٣٧) ، والثاني هو الذي لا يمكن تعيين حدوده واطرافه . ولكن هذا التقسيم لم يعد له اهمية كبيرة بعد اتباع نظام السجل العقاري في اكثر المناطق في لبنان وسوريا وفي معظم البلاد الراقية ، حيث مسحت العقارات جميعاً وتحددت وتقيدت بصورة فنية في سجل عقاري خاص [٣] .

ومن الاشياء المنقولة ما يكون تابعاً ومخصصاً لمنفعة عقار ، كالحيوانات او الادوات المعدة للزراعة والمرتبطة بالاراضي الزراعية . فهذه الاشياء ، المنقولة في الحقيقة ، تعتبر في القوانين الحديثة في حكم المال غير المنقول ،توسعاً في تفسير معنى هذه الكلمة ، الذي اصبح يشمل ايضاً ما يكون من المنقولات متصلا بغير المنقول اتصالا اقتصادياً ، ان لم يكن مادياً . وتبرر هذا الحكم وحدة الغاية التي ينشدها المالك عند ربط ماله المنقول بعقاره . فيقضي الاول بذلك تابعاً للثاني في وصفه وحكمه . وبهذا جاء في قانون الملكية اللبناني السوري « ان العقارات بالنظر الى الغاية المعدة لها هي اشياء تعتبر بالنظر الى ذاتها كمنقولات ، غير انها تكون تابعة لذات العقار . ويشترط فيها على كل حال ان تكون وذات العقار لمالك واحد ، وان تكون مخصصة لاستثمار العقار ، او بصورة اعم ، لمنفعة العقار الذي تكون هذه الاشياء تابعة له ، كالحيوانات المعدة للزراعة والالات الزراعية الخ ... » [٤]

---

(١) المادة الاولى وما بعدها من القانون المدني الاهلي .

(٢) انظر شرح علي حيدر تحت المادتين ١٢٨ و١٢٩ من المجلة .

(٣) راجع نظام السجل العقاري في سوريا ولبنان في القرارات ذات الارقام ١٨٦ — ١٨٩ الصادرة في ١٥ اذار سنة ١٩٢٦ وتعديلاتها في القرارات ٤٤ — ٤٦ ل . ر . الصادرة في ٢٠ نيسان سنة ١٩٣٢ وغيرها .

(٤) المادة الثالثة من القرار ذي العدد ٣٣٣٩ .

وقانون الاراضي والعقارات من أصعب الابحاث القانونية في معظم البـــلاد ، لا سيما في الشريعة الانكليزية ، وفي الشرائع الاخرى التي لا تزال في هذا البـاب متأثرة بالنظـام الاقطاعي[١] . وهي اقل تعقيداً في القانون الرومـــاني والقوانين الاوروبية المأخوذة عنه . اما الشرع الاسلامي والقانون العثماني فقد اخذا بنظـام وسط لا يزال أثره الى اليوم رغم صدور قانون الملكية الجديد .

وتقسم العقارات في بلادنا بصورة عامة الى مملوكة وموقوفة واميرية ومتروكة وموات . ونحن نكتفي هنا بكلمة تعرّف كلًّا من هذه الاقسام[٢] .

فالمملوكة ، او عقارات الملك ، هي ما كانت في ملك الافراد مع حق التصرف المطلق بالعين والمنفعة . وقد حددها قانون الملكية الجديد بانها « العقارات الكائنة داخل مناطق الاماكن المبنية ، كما هي محددة اداريًّا والقابلة للملكية المطلقـــة ، ويستثنى من ذلك العقارات القائمة على اراضي حكومة جبل لبنان السابقة المستقلة ، فانها تبقى خاضعة لاحكام العرف والعادات المحلية » (المادة ٥) .

والعقارات الموقوفة هي التي وقفها اصحابها وقفاً ذرياً او خيرياً ، بحيث لا تملك رقبتها ، بل تصرف منفعتها الى الجهات المعينة لها .

والعقارات الاميرية هي التي تكون رقبتها للدولة ، ويعطى التصرف بها لطالبها لقاء دفع بدل ، يسمى قديماً رسم الطابو .

والاراضي المتروكة هي ، كما عرفتها المجلة ، « الاراضي القريبة من العمران ، تترك للاهالي مرعى ومحتصداً ومحتطباً » (المادة ١٢٧١) . وهي على نوعين المرفقة والمحمية . فالاولى ، كما جاء في قانون الملكية الجديد ، « هي العقارات التي تخص الدولة ، ويكون لجماعة ما حق استعمال عليهـــا ، بميزاته واتساعه معينان وفاقاً للعادات المحلية او الانظمة الادارية » (المادة ٧) . اما الثانية فهي « العقارات التي تخص الدولة او البلديات وتكون جزءاً من الاملاك العامة » (المادة ٨) .

واخيراً الاراضي الموات هي ، في المجلة ، « الاراضي التي ليست ملكاً لاحد ،

---

(١) لاجل الحصول على فكرة عامة عن مبـــادىء قانون الاراضي الانكليزي راجع كتاب « المقدمة التاريخية لقانون الاراضي » (Historical Introduction to Land Law) تأليف هولدسورث Holdsworth ، طبع اكسفورد ، سنة ١٩٢٧ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك شروح علي حيدر وعاطف بك على قانون الاراضي العثماني وكتاب احكام الاراضي لدعيبس المر (طبع القدس) وقانون الاراضي العثماني للحنبلي (دمشق) .

ولا هي مرعى ولا محتطباً لقصبة او قرية ، وهي بعيدة عن اقصى العمران ، يعني ان جهير الصوت لو صاح من اقصى الدور التي في طرف تلك القصبة لا يسمع منها صوته » (المادة ١٢٧٠) . وهي تصبح ملكاً لمن يحييها بالاذن السلطاني (المادة ١٢٧٢) . وقد خصصها قانون الملكية بالاراضي الاميرية التي تخص الدولة ، ولا تكون « معينة ولا محددة ، فيجوز لمن يشغلها اولاً ان يستحصل باذن الدولة على حق أفضلية ، ضمن الشروط المعينة في انظمة املاك الدولة » (المادة ٩) .

المقدرات وغير المقدرات

تختلف الاموال في مقاديرها ، وتختلف في طريقة تعيين تلك المقادير . فتقسم من هذه الناحية الى قسمين ، المقدرات وغير المقدرات . فالاولى تشمل اربعة انواع من الاموال ، هي المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات . والثانية تشمل ما عدا ذلك .

فالمقدرات اذاً هي الاموال التي تعرف مقاديرها بالكيل او الوزن او العدد او الذراع . فيقال لما يكال الكيلي والمكيل ، كبعض السائلات والمنقولات التي تباع كيلاً . ويقال لما يوزن الوزني والموزون ، كالسكر والطحين اليوم مثلاً . ويقال لما يُعدّ العددي والمعدود ، كالبيض وغيره . ويقال اخيراً لما يقاس بالذراع الذّرعي والمذروع ، كالقماش وما شابه [1] .

ومن المقدّرات ما لا يكون الا منقولاً ، كالمكيلات والموزونات كما قدمنا . ومنها ما يكون منقولاً او غير منقول . فالمذروعات مثلاً تكون تارة منقولة ، كالقماش ، وتكون تارة غير منقولة ، كالارض عندما تباع بالذراع او بغيره من مقاييس المساحة .

ولا بد من الاشارة الى ان للعرف والعادة اهمية كبرى في تقسيم المقدّرات . فبينما كان البرّ والشعير من المكيلات في عهد النبي ، كما ثبت بالحديث الشريف الذي ذكرناه في غير هذا الموضع [2] ، اذ بهما اليوم من الموزونات في معظم البلاد . وكذلك يباع اللبن في بعض البلاد وزناً فهو فيها من الموزونات ، ويباع في غيرها

---

(١) راجع المواد ١٣٢ — ١٣٦ من المجلة .

(٢) في كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ص ١٨٤ .

بالكيل فهو من المكيلات . واخيراً ايضاً يعتبر البرتقال من العدديات فيباع بالعدد في بعض مدن فلسطين مثلاً ، بينما هو من الموزونات في سوريا ولبنان .

وقد لاحظ القدماء هذه الظاهرة العرفية ، فروى ابن حزم ان « كل ذي عقل يعرف ان حكم المبيعات يختلف في البلاد اشدّ اختلاف . فما يوزن في بلدة يكال في اخرى ، كالعسل والزيت والدقيق والسمن . يباع الزيت والعسل ببغداد والكوفة وزناً ، ولا يباع شيء منها بالاندلس إلاّ كيلاً . ويباع السمن والدقيق في بعض البلاد كيلاً ، ولا يباعان عندنا الا وزناً . والتين يبـــاع بوية كيلاً ، ولا يباع باشبيلية وقرطبة الا وزناً . وكذلك سائر الاشياء »[١].

وللعرف والعادة ايضاً تأثير على نوع المكاييل والموازين والمقاييس . فهذه جميعاً تختلف باختلاف البلاد والاعصار . وهي من المظاهر الراسخة في معاملات النـاس وتقاليدهم . فالانكليز مثلاً ، ولا غروَ فهم من المحافظين المشهورين ، يتمسكون بقاعدتهم المألوفة في المقاييس مع اعترافهم بان القاعدة المترية اصح من قاعدتهم علمياً وأنسب منها عملياً . وكذلك في بلادنا كان الرطل والذراع والمدّ والقيراط أساس معايير المقدرات .

ولما اصدرت السلطة التشريعية في سوريا ولبنان القرار عدد ١٩١ ل.ر.بتاريخ ٢٢ آب سنة سنه ١٩٣٥[٢] بتقرير استعمال القاعـــدة العشرية والمترية للعيارات والمكاييل والمقاييس ، بقي الناس يتعاملون سراً ، واحياناً جهراً ، بالمعايير القديمة التي ورثوها عن الاسلاف ، والتي لا بد من ردح طويل من الزمـــن لقمعها من الاستعمال ولاقرار القاعدة الجديدة مكانها .

المثليات والقيميات

الاموال بعضها يشبه البعض الآخر قيمة ونوعاً ، وبعضها ينفرد عن غيره بقيمته أو بنوعه أو بالقيمة والنوع معاً . فيقال اصطلاحاً للفئة الاولى المثليات وللفئـــة الثانية القيميات .

---

(١) المحلى ، ج ٨ ، رقم ١٤٧٩ ص ٤٨٣ .

(٢) تم هذا القرار بقرار آخر رقم ١٩٢ ل . ر . الصادر بنفس التاريخ ، وعدل بالقرار رقم ٢٢٤ ل . ر . الصادر في ٢٠ تشرين الاول سنة ١٩٣٦ .

وتعريف المالي المثلي شرعاً هو كما جاء في المجلة « ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به » (المادة ١٤٥) . وقال الغزالي : المثلي هو « ما تتماثل اجزاؤه في المنفعة والقيمة »[١] . مثاله الكتب المطبوعة الموجودة في الاسواق ، والسيارات المصنوعة من طراز وجنس واحد والمطروحة للبيع ، فكلها تماثل بعضها بعضاً ، ولا تتفاوت في القيمة تفاوتاً محسوساً ، فهي اذاً من المثليات .

ويدخل في هذه الفئة بصورة عامة العدديات والمكيلات والموزونات المتقاربة ، اي ما كان من هذه الاشياء متشابها ومتقارباً في القيمة . وقد نصّت المجلة بصورة خاصة على ان : « العدديات المتقاربة هي المعدودات التي لا يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة ، فجميعها مثليات » (المادة ١٤٧) . مثاله الجوز او البيض اذا كان من جنس واحد ، فهو يباع عادة بالعدد باعتباره واحدا في القيمة ، لان التفاوت بين افراده زهيد لا يعبأ به .

اما تعريف المال القيمي ، فهو ما نظر اليه بحد ذاته ، باعتباره ذا صفة خاصة به تعطيه قيمته او كما قالت المجلة هو « ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة » (المادة ١٤٦) . فمن نوع القيمي الذي لا يوجد له مثيل في السوق الآثار القديمة والنادرة . ومن نوع القيمي الذي يوجد مثله في السوق ولكن مع تفاوت في القيمة المكيلات والموزونات المتفاوتة ، اي ما كان منها يتفاوت باسعاره . ويعد منها ايضاً بصورة خاصة العدديات المتفاوتة ، وهي « المعدودات التي يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة ، فجميعها قيميات » (المادة ١٤٨) ، كالخيل والبقر من الحيوانات ، فهذه موجودة في السوق باسعار تتفاوت باختلاف افرادها وآحادها .

ولقد جمعت مجلة الاحكام العدلية امثلة قريبة مما ذكرنا وامثلة اخرى من المثليات والقيميات في مادة واحدة من باب القسمة ، لا نرى بأساً بنقلها كما وردت زيادة في الايضاح . قالت المجلة : « المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الاواني المختلفة باختلاف الصنعة والموزونات المتفاوتة قيمية . و كذلك الحنطة المختلطة بالشعير وكل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا يقبل التفريق والتمييز هو قيمي . والذرعيات ايضاً قيمية ،

---

(١) الوجيز ، ج ا ص ٢٠٨ .

لكن الجنس الواحد من الجوخ والبطائن من اعمال المصانع (الفابريقات) التي تباع على ان ذراعها بكذا قرشاً ولا يوجد التفاوت في افرادها ، هو مثلي . والحيوانات والعدديات المتفاوتة ، التي يوجد بين افرادها تفاوت في القيمة ، مثل البطيخ الاخضر والاصفر ،هي قيمية. و كتب الخط قيمية ، و كتب الطبع مثلية» (المادة ١١١٩) .

ولتقسيم الاموال الى مثلي وقيمي اهمية قانونية، نورد لايضاحها مثلين من المجلة :

اولا – في الغصب : اذا غصب احد مال آخر ، اي اخذه وضبطه بدون حق ، ثم استهلكه او اضاعه او اتلفه ، كان ضامنا لذلك المال . فان كان المغصوب من المثليات ، وجب على الغاصب اعطاء مثله . وان كان من القيميات ، لزمه دفع قيمته كما كانت عند حصول الغصب ، اي في زمانه ومكانه (المادة ٨٩١) .

ثانياً – في القسمة : لو كان المال مشتركاً بين اثنين ، فتعتبر «جهة الافراز في المثليات راجحة ... وجهة المبادلة في القيميات راجحة » . ومعناه ان لكل واحد من الشريكين اخذ حصته من المثليات في غيبة الآخر وبدون اذنه ، ولا يجوز له ذلك في القيميات ، لان الاولى تعتبر كما لو كانت مفرزة ، والثانية لا تعتبر كذلك بل تجب المبادلة فيها بالتراضي او بحكم القاضي (المادتان ١١١٧ و١١١٨) .

هذا التقسيم بين المثليات والقيميات مبني على التفاوت بالنظر الى قيمة الاموال . ولكن اذا كان التفاوت فيها بالقياس الى الغرض المقصود منها ، فتقسم الى تقسيم آخر ، هو الجنس والنوع .

فالجنس عند الفقهاء ، كما جاء في المجلة ، هو « ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه » (المادة ١٤٠) . والنوع هو ما كان بين افراده تفاوت بالنسبة الى ذلك الغرض . مثاله ، القماش جنس فيه انواع عديدة مختلفة : كقماش الصوف وقماش الحرير ، والقماش الابيض والاحمر والازرق ، والقماش الانكليزي والياباني والوطني ، وهلمّ جرّا . فجميع هذه الاقمشة لها غرض واحد متقارب يجمعها بكلمة الجنس القماش ، ولكنها متفاوتة في اوصافها فتفترق في انواع مختلفة شتى كما بينا .

الاعيان والمنافع

الاموال في الاصل اشياء حسية تعرف بالحواس العادية، كالنظر واللمس. ولكن

المنافع كما رأينا تعتبر اليوم اموالاً متقومة ، وتسمى الاموال غير الحسية . وهي لا تعرف بالحس بل بالفكر والمعنى . ويدخل فيها بصورة عامة ما جرى التداول به عرفاً من الحقوق التي لها قيمة اقتصادية ، كحقوق الارتفاق على العقارات وغيرها . هذا ما قالت به ايضاً ، كما ذكرنا آنفاً ، المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني .

وبتطور الحياة الاقتصادية في يومنا الحاضر نشأت منافع جديدة ، اهمها الحقوق الادبية والعلمية والفنية والتجارية والصناعية المعترف بها للمؤلفين والموسيقيين والمخترعين وغيرهم . فهذه لها قيمة اقتصادية هامة تأيّدت حمايتها باسم الملكية الصناعية او الادبية او الفنية في القوانين الحديثة الداخلية [١] ، وفي المعاهدات الدولية [٢] .

والاصطلاح الفقهي المتبع في المجلة والكتب الشرعية الاسلامية يستعمل كلمة « الاعيان » بوجه عام لتمييزها من المنافع . وهي جمع عين ، اي الشيء المعين الحاضر . وبعبارة المجلة « العين الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين ، فكلها من الاعيان » (المادة ١٥٩) .

ويعارض ايضاً كلمة العين بالمعنى المذكور الدين . وهو ، بتعريف المجلة ، « ما يثبت في الذمة ، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ، ومقدار منها ليس بحاضر ، والمقدار المعين من الدراهم او من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين » (المادة ١٥٨) . وسيكون لنا في معنى الدين كلمة اخرى قريبة .

---

(١) راجع مثلا في سوريا ولبنان القرار عدد ٢٣٨٥ الصادر في ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ ، وتعديلاته المختلفة ، كما في القرار عدد ٨٤ الصادر في ٣٠ كانون الاول سنة ١٩٢٦ والقرار عدد ٨ ل. ر. الصادر في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٢ والقرار عدد ١٦٤ ل. ر. الصادر في ٨ كانون الاول سنة ١٩٣٨ ، وقانون ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ .

(٢) راجع مثلا في حماية الملكية الصناعية اتفاق باريس المعقود في ٢٠ آذار سنة ١٨٨٣ المعدل باتفاقات لاحقة عديدة ، منها المعقودة في مدريد سنة ١٨٩١ وواشنطن سنة ١٩١١ ولاهاي سنة ١٩٢٥ . وراجع في حماية الملكية الادبية الفنية اتفاق برن المعقود في ٨ ايلول سنة ١٨٨٦ المعدل باتفاقات لاحقة احدثها اتفاق روما سنة ١٩٢٨ .

الباب الثاني
الموجبات أو الالتزامات ومصادرها

تمهيد

المعاملات بين الناس محدودة باصول وقواعد تعين حقوق البعض وواجبات الآخرين . فالحق ، بمعناه القانوني ، هو كل مصلحة اقرها الشرع او القانون واجرى حمايتها .

والحقوق ، اذا كانت في الناحية المالية ، على نوعين . فاما ان تكون متعلقة مباشرة بشيء معين ، كحق الملك ، فتسمى عينية لعلاقتها بعين الشيء . واما ان تكون رابطة شخصية بين دائن ومدين ، كالدين ، فتسمى الحقوق الشخصية او الموجبات .

وتقسيم الحقوق الى عينية وشخصية روماني الاصل ، لا نجد له اثراً في مجلة الاحكام العدلية . وقد اخذت به القوانين اللبنانية الجديدة ، فبحثت في الحقوق العينية العقارية في قانون الملكية ، وبحثت في الحقوق الشخصية في قانون العقود والموجبات .

وموضوعنا هنا يقتصر على الفئة الثانية من هذه الحقوق ، لذلك نمر بالفئة الاولى مكتفين بكلمة سريعة عنها .

الحقوق العينية

هي تلك التي تتعلق بالتصرف والتمتع بالاعيان . واهمها عند الرومان وفي قانون الملكية الجديد [1] : حق الملكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق والتأمينات

(١) راجع المادة العاشرة منه .

والرهونات .

وينبغي لجميع هذه الحقوق ، اذا كانت تتعلق بعقار محدود وممسوح في سوريا ولبنان ،ان تسجل في السجل العقاري . وان التعاقد بشأنها لا يصح ولا ينفذ حتى بين المتعاقدين الا بهذا التسجيل[1] . ونحن هنا نعرّف بعضها ، ثم نوضح ما يقابلها في المجلة والشرع الاسلامي .

اولاً – نبدأ بحق الملكية او الملك[2] . وهو يكون على ما يملكه الانسان من عقار او منقول . وقد عرف قانون الملكية اللبناني السوري الملكية العقارية بانها « حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والانظمة ....» (المادة ١١) .

هذا الحق اكمل الحقوق العينيـــة على الاطلاق . فهو يشمل ، كما سبق وحلله الرومان ، حق استعمال الشيء المملوك واستثماره والتصرف به[3] . ومعنى ذلك ان مالك العقار له ان يستعمله فيسكن به ، او ان يستثمره ، فيؤجره اذا كان معداً للاجارة ، او يزرعه ويستغله اذا كان من الاراضي الزراعية ،وله اخيراً ان يتصرف به بيعاً او هبة او اتلافاً او ما الى ذلك .

ثانياً – حق الانتفاع . وهو انقص من حق الملك ، اذ يعطي صاحبـــه حق الاستعمال والاستثمار على شيء يخص آخر ، دون حق التصرف بالعين . أي ان حق المالك الكامل الذي وصفناه آنفاً ينقسم الى اجزائه الثلاثة ، فيخصص منه الاستعمال والاستثمار[4] بالمنتفع ، ويسمى حقه حق الانتفاع ، ويبقى للمالك رقبة الملك وحق التصرف الحقيقي بعين الشيء[5] .

ثالثاً – حق الارتفاق[6] . وهو حق عيني لا يكون الا عقارياً . وتعريفه في قانون الملكية انه « تكليف مرتب على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين هو لمالك

---

(١) وذلك بمقتضى المادة العاشرة من قرار السجل العقاري رقم ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ ، المعدلة بالمادة الخامسة من القرار رقم ٤٥ ل.ر. الصادر في ٢٠ نيسان سنة١٩٣٢ .

(٢) Dominium

(٣) Jus utendi, fruendi, abutendi. Usus, fructus, abusus

(٤) لذا يسمى حق الانتفاع عند الرومان حق الاستعمال والاستثمار . Ususfructus

(٥) راجع تعريف حق الانتفاع العقاري في المادة ٣٢ من قانون الملكية الجديد .

(٦) Servitus

غير مالك العقار الاول ... » (المـادة ٥٦) . مثاله حق المرور المعطى لصاحب دار على ارض جاره . وهذا النوع من الحقوق يكون على العقار لمنفعة عقار آخر . بمعنى انه يتبع العقارين ولا يسقط بتغير مالكهما او مالك احدهما .

هذا النحو من التقسيم والتحليل لم تتبعه مجـلة الاحكام العدلية ولا الكتب الفقهية الاسلامية . بل اتخذت هذه كلمة الملك بمعنى الحق الذي يشمل اي نوع كان من الانتفاع ، بما فيه الحقوق التي ذكرنا جميعاً .

فقال ابن رجب : « انما مالك الاعيان خالقها سبحانه وتعالى ، وان العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً . فمن كان مالكاً لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق . ومن كان مالكاً لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به ، كالمستأجر والمستعير وغير ذلك »[١] .

وقالت المجلة « الملك ما ملكه الانسان سواء كان اعياناً او منـافع » (المادة ١٢٥) . وهذا التعريف ، كما ترى ، ينظر الى ما يقع عليه حق الملك، اي الى الشيء المملوك او المنفعة المملوكة ، مع ان المهم في ذلك ليس الشيء او المنفعة بل الحق او الحكم الشرعي الذي يكون عليهما . لذا كان التعريف الذي نقله السيوطي عن ابن السبكي اتم وأوضح من هذه الناحية .ففيه، الملك « هو حكم شرعي يقدر في عين او منفعة يقتضي تمكن من ينسب اليه من انتفاعـه والعوض عنه من حيث هو كذلك »[٢] .

فاذن ، الملك يقدر في العين او في المنفعة . فاذا كان في العين ، فهو الملك بمعنى الحق الكامل الذي عرفناه ، وهو المعنى الدارج . واذا كان في المنفعة ، دخل فيه حق الانتفاع وحقوق الارتفاق .

فمن نوع حق الانتفاع : الحق المعطى في الوقف للمرتزقة او الموقوف عليهم ، اي الذين وقف المال لمصلحتهم ، بان ينتفعوا بسكنى الوقف او باستغلاله . و كذلك ايضاً الحق في السكنى او في الاستغـلال او في كليهما المعطى للموصى له في الوصية بالمنـافع .

ومن حقوق الارتفاق ما اسمته كتب الفقه بالمرافق اه بالحقوق فحسب . مثاله

---

(١) كتاب القواعد (القاعدة ٨٦ ، ص ١٩٥) .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٩١ .

حق المرور وحق الشرب وحق المسيل . وهي معرّفـــة في المجلة هكذا : الاول « هو حق المشي في ملك الغير » (المادة ١٤٢) . والثاني « هو نصيب معين معلوم من النهر » ، او هو الانتفاع منه بسقي الحيوان والزرع (المادتان ١٤٣ و١٢٦٢) . وحق المسيل هو « حق جريان المـــاء والسيل والتّوكاف [١] من دار الى الخارج » (المادد ١٤٤) ، او هو بعبارة السرخسي « حق سيل الماء في ملك الغير » [٢] .

والملك اما ان يكون فردياً لشخص على وجه الاختصاص ، واما ان يكون مشتركا بين عدة مالكين فهو الملك المشاع . وتعريفه المشاع في المجلة هو « ما يحتوي على حصص شائعة . والحصـــة الشائعة هي السهم الساري الى كل جزء من اجزاء المال المشترك » (المادتان ١٣٨ و ١٣٩) .

وملك العين بمعناه الكامل يفترض ان يكون شاملا ومطلقاً . فهو شامل لجميع ما يمكن الانتفاع به . فقديماً قال الرومان : « ان من له الارض له حق الى السماء والى اسفل الاعماق » [٣] . وجاء بمعناه في المجلة « كل من ملك محلا صـــار مالكا ما فوقه وما تحته ايضاً . يعني يتصرف في العرصة التي هي ملكه ، بالبناء والعلو كما يشاء وسائر التصرفات ، كحفر ارضها واتخاذها مخزناً ، وينشئها كما يشاء عمقاً ، او يجعلها بئراً » (المادة ١١٩٤) . وكذلك في قانون الملكية « تشمل ملكية الارض ملكية ما فوقها وما تحتها . وعليه فيجوز لمالك الارض ان يغرس فيها ما شاء من الاغراس ، وان يبني ما شاء من الابنيـــة ، وان يجري فيها من الحفريات الى اي عمق شاء ، وان يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن ان تنتج ، ضمن التقييدات الناتجة عن القوانين والقرارات والانظمة » (المادة ١٣) .

فعلى الجملة ، ملك العين مطلق في الاصل ، لا قيد له ولا شرط . انما لهذا الاطلاق تقييدات استثنائية ، هي الآتية :—

اولا — حق الغير . فبعبارة المجـلة « كل يتصرف في ملكه كيف شاء . لكن اذا تعلق حق الغير به ، فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ...» (المادة ١١٩٢) . مثلا لو كان لاحد حق المرور على ارض الجار ، فليس للجار ان يبني في

(١) مصدر وكف ، اي تقاطر وسال .

(٢) المبسوط ، ج ١٤ ص ١٧٠ .

(٣) في اللاتينية :

Cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad inferos

ارضه ما يمنع او يعرقل هذا الحق . وكذلك « من احدث في داره بيتاً ، فليس له ان يبرز رفرافه على هواء دار جاره . فان ابرزه ، يقطع القدر الذي جاء على هواء تلك الدار » (المادة ١١٩٥) .

ثانياً — مراعاة القوانين والانظمة . للدولة ولاية عامة منوطة بالمصلحة كما سنرى . فبهذه الولاية تضع الدولة انظمة في بعض الاحوال تقصد بها الى المصلحة العامة ، ويكون فيها احياناً تقييد لحرية الافراد ، او تقييد لحقهم في تلك الاموال . وذلك يبرره المبدأ الكلي انه « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » (المادة ٢٦ من المجلة) .

وامثلة هذه الانظمة عديدة . منها استملاك العقارات كلها او بعضها ، لضمها للطريق العام ، او لمنفعة عامة اخرى [١] .

ومنها انظمة الابنية . مثاله ما جاء في قانون الملكية انه « لا يجوز لصاحب عقار ان يكون له طاقات تطل تواً على جاره او نوافذ او شرفات او غيرها من اشياء نائتة مشابهة لها ، تطل على ارض مسورة او غير مسورة لصاحب العقار المجاور ، ما لم يكن متران من المسافة فيما بين الحائط الذي تكون فيه تلك النواتيء وبين الارض المذكورة . واذا لم تكن هذه المسافة ، فلا يجوز له فتح النوافذ او الشبابيك الا على علو مترين ونصف من ارض الغرفة المراد اضاءتها إذا كان الطابق ارضياً ، وعلو متر وتسعين سنتيمتراً من ارض البيت إذا كان الطابق علوياً » (المادة ٦٦) .

ومنها ايضاً أنظمة الحفريات والمناجم والمقالع والآثار [٢] وما اليها .

ثالثاً — عدم اساءة استعمال الحق . في المجلة وفي بعض المذاهب الاسلامية والقوانين الحديثة ، قيود أخرى تتعلق بنظرية سوء استعمال الحقوق ، لنا فيها

---

(١) راجع في الاستملاك المادة ١٢١٦ من المجلة ، وانظمة الاستملاك العثمانية الصادرة في ٢٤ تشرين الثاني سنة ١٣٢٥ و ١٧ نيسان سنة ١٣٣٠ و ٢١ كانون الثاني سنة ١٣٢٩ ، وقرار حاكم لبنان الكبير رقم ٢٩٩٩ الصادر في ٢١ شباط سنة ١٩٢٥ ، والمرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ٤٥ ل. الصادر في ١٣ تشرين الاول سنة ١٩٣٢ ، وتعديلاته .

(٢) راجع المادة ٢٣٧ من قانون الملكية ، والقرار رقم ١٦٦ ل . ر . الصادر في ٧ تشرين الثاني سنة ١٩٣٣ المتعلق بالآثار ، والقرار رقم ٢٥٣ الصادر في ٨ تشرين الثاني سنة ١٩٣٥ المختص بالمقالع ، والقرار رقم ١١٣ الصادر في التاسع من آب سنة ١٩٣٣ المختص بالمناجم .

كلمة مفصلة في محلها . فنكتفي هنا بنقل المبدأ الوارد في المجلة انه « لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابداً ، الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً » (المادة ١١٩٧) . وسنعود الى ايضاح ذلك فيما بعد .

والآن نصل الى ايضاح الحقوق الشخصية او الموجبات .

معنى الموجب والالتزام

في اللغة ، وَجَبَ فعل معناه لزم . فيقال وجب عقد البيع وجوباً بمعنى لزم وتم . ومن مشتقاته : فعل أوجب ، واسما الفاعل والمفعول الموجب بكسر الجيم وفتحها ، وجمعها مواجب وموجبات . فالموجب بالكسر لغةً الباعث او اسم لشهر المحرّم عند القدماء . والموجب بالفتح عند النحاة هو من الكلام ما لا يكون نفياً ولا نهياً ولا استفهاماً [1] .

اما في الاصطلاح الشرعي ، فقد وردت كلمة الموجب بمعان ثلاثة : — فجاءت اولا بكسر الجيم بمعنى من يوجب او يعرض التعاقد [2] . والايجاب هو الكلام الذي يصدر من احد العاقدين وبه يعرض التعاقد على الآخر ، حتى اذا قبله هذا ارتبط الايجاب بالقبول ، وحصل الرضى والانعقاد . وقد سمي بالايجاب لان به ، كما قالت المجلة ، « يوجب ويثبت التصرف » (المادة ١٠١) .

وجاءت الكلمة ثانياً بكسر الجيم بمعنى ما يوجب اشغال الذمة بالضمان . فيقال مثلاً ان الاتلاف موجب الضمان . والضمان كما سنرى هو واجب رد الشيء أو اداء بدله بالمثل أو بالقيمة [3] . فهو بكلمة اخرى مصدر الالتزام الناشيء عن الاتلاف أو غيره من الاعمال الشبيهة .

واخيراً وردت كلمة الموجب بفتح الجيم بمعنى الحكم و لاثر الشرعي ، الذي يترتب على امر ما . فيقال ان موجب عقد البيع الصحيح هو انتقال المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري ، وتسليم المبيع والثمن ، وتسلمها ، الى غير ذلك من النتائج التي يقتضيها ذلك العقد . وهي تسمى موجب العقد لانها الحكم أو الاثر

---

(١) راجع قاموس محيط المحيط ولسان العرب لابن منظور تحت كلمة وجب .

(٢) راجع مثلا قواعد العز بن عبد السلام ، ج ٢ ص ١٤١ .

(٣) راجع الوجيز للغزالي (مصر ١٣١٧ ج ١ ص ٢٠٥) ، وشرحه فتح العزيز (مع المجموع ج ١١ ص ٢٤١) .

الذي يوجبه الشارع أو المتعاقدان . وتسمى ايضاً مقتضى العقد اذا كان العقد صحيحاً . اما اذا كان باطلاً فيكون موجب العقد البطلان على خلاف مقتضاه [١] .

وكلمة الموجب بكسر الجيم أو بفتحها استعملت لاول مرة في قانون الموجبات والعقود اللبناني بمعنى رابع جديد. هو الحق الشخصي ، الذي يربط شخصين أو أكثر برباط قانوني ، ويلزم احدهما (المدين) تجاه الآخر (الدائن) اداء شيء أو تقديم عمل او الامتناع عن عمل معين . فيكون هذا الرباط او الارتباط حقاً شخصياً من جانب الدائن وموجباً أو واجباً من جانب المدين . وهو يصدر كما سيأتي تفصيله عن عقد بينهما ، أو جرم موجب للضمان ، أو سبب شبيه آخر .

وعناصر الموجب هي : فريقان من الاشخاص ، احدهما الدائن أو الدائنون ، والثاني المدين أو المدينون . ثم الرباط القانوني الذي يربطهما ، ويعتبر بموجبه المدين ملزماً نحو الدائن . واخيراً الموضوع ، وهو اما اداء شيء ، أو تسليم شيء ، او اجراء عمل ، او الامتناع عن عمل معين [٢] .

فتقسم الموجبات لذلك الى انواع [٣] : اولها موجب الاداء ، وهو ما كان موضوعه اما دفع مبلغ من النقود أو اشياء اخرى من المثليات ، واما انشاء حق عيني . والثاني موجب التسليم ، مثاله تسليم المبيع الواجب على البائع في عقد البيع . والثالث موجب العمل ، ومثاله تعهد زيد ان يصنع لعمرو شيئاً او ان يقدم له عملاً ، كالحمل والخياطة والخدمة وما الى ذلك. والرابع هو الموجب السلبي أو موجب الامتناع ، مثاله لو تعهد تاجر ان يمتنع عن معاطاة تجارة او حرفة معينة بالقرب من تاجر آخر يخشى مزاحمته ، كان على الاول موجب الامتناع عن العمل المطلوب .

وهذا المعنى والتعريف الجديد مصدره القانون الروماني ايضاً [٤] . فتعريف الموجب في كتاب «الاحكام» ليوستنيانوس هو : « الرباط الشرعي الذي نتقيد به

---

(١) راجع في ذلك ما ذكره ابن الغرس في الفواكه البدرية، كما نقله وعلق عليه ابن عابدين في حاشيته منحة الخالق على البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، (ج ٦ ص ٢٥٦ — ٢٥٧) . راجع ايضاً نفس الجزء (ص ١٩٩) ، وكتاب القضاء في الاسلام لعرنوس (ص١٤٢ — ١٤٥) ، والمادة ٤٤٣ من مجلة الاحكام العدلية ، ورد المحتار على الدر المختار (ج٤ ص ٤٥٤ وما بعدها .

(٢) Dare , praestare , facere , non facere

(٣) راجع بشأنها المواد ٤٥ — ٥١ من القانون اللبناني .

(٤) كلمة الموجب اللاتينية Obligatio معناها لغة الرباط وهي مشتقة من فعل ربط ob-ligare

وجوباً لاداء شيء الى الغير ، بمقتضى قوانيننا المدنية »[١] . وهذا التعريف يعد اليوم ناقصاً ، لانه لا يذكر الا موجب الاداء ، دون موجبات العمل والامتناع . ولعل تعريف بولس ، احد فقهاء القرن الثالث للميلاد ، الذي نقله يوستنيانوس في « مدونة الاجتهاد »[٢] ، اتم من هذه الناحية .

ولقد خلت معظم القوانين الاوروبية من تعريف الموجب . فليس في قانون نابليون سوى ما ذكر عنه كموضوع للعقد ، عند تعريفه في المادة ١١٠١ منه . انما سد الفقهاء هذا النقص . فنجد في كتب الفقه الفرنسي تعريف الموجب بعبارات مختلفة في معناها ومبناها . وهي عديدة يضيق المجال عن سردها . ومن احدثها تعريف الاستاذ جوسران في مؤلفاته[٣] ، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي وضع مشروعه . ففي المادة الاولى من هذا القانون ، « الموجب هو رابطة قانونية ، تجعل لشخص أو لعدة أشخاص ، حقيقيين أو معنويين ، صفة المديون تجاه شخص أو عدة اشخاص ، يوصفون بالدائنين » .

ولا بأس بهذا الاصطلاح الجديد للموجب ، لو لم يسبق لهذه الكلمة معنى آخر في الاصطلاح الفقهي العربي كما قدمنا . فالمعنى القديم هو الاثر الشرعي لامر ما ، فيكون تارة الموجب بالمعنى الجديد ، وتارة أخرى البطلان أو حكماً شرعياً آخر .

وعلى كل حال ، فهذا الاستعمال الجديد افضل من استعمال كلمة التعهد التي جاءت في القانون المصري[٤] ، لان التعهد يفهم منه التعاقد وحده ، دون باقي المواجب .

لذا استعمل بعض المؤلفين المصريين ، أمثال الاستاذ فتحي زغلول[٥] والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري باشا[٦] وغيرهم ، كلمة الالتزام عوضاً عن التعهد . وفي الواقع نرى ايضاً ان هذه الكلمة استعملتها المجلة بمعنى التعهد عند تعريف العقد ، فقالت « العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً الخ » . وهي معروفة عند العامة في

---

(١) Inst. 3,13 : Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura

(٢) Digesta 44, 7, 3

(٣) راجع كتابه « درس القانون المدني الوضعي الفرنسي » باريس ، ١٩٣٣ ج ٢ رقم ٢ .

(٤) راجع المادة ٩٠ من القانون المدني الاهلي .

(٥) في كتاب شرح القانون المدني ، طبع مصر ، ١٩١٣ ص ١٢٦ .

(٦) في كتابه النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، نظرية العقد ، القاهرة ، ١٩٣٤ رقم ١ .

لغة القضاء الدارجة بمعنى تعهد المشاريع. وبهذا اخذ معربو القانون اللبناني. فاستعملوا عبارة التزام المشاريع مرادفة لعقد اجارة الصناعة (المادة ٦٥٧) .

ومع ذلك كله ، فالالتزام ، وان كان فيه معنى التعاقد أكثر من غيره ، فليس ما يمنع لغة أو اصطلاحاً ان يدل على باقي أنواع الحقوق الشخصية المختلفة التي تثبت في ذمة امرىء نحو امرىء آخر .

اصطلاحات اخرى

لو اردنا ان نقابل بين الموجب والالتزام بمعنى الحق الشخصي الذي حددناه وبين ما يقرب منهما في الاصطلاح الفقهي الاسلامي لوجدنا في علم الاصول كلمة الواجب المحدود وفي علم الفروع كلمة الدّين و كلمة الضمان .

فعلماء اصول الفقه بحثوا في الواجبات والحقوق وبنوا عليها نظرية قيّمة . فقسموها الى محدودة وغير محدودة . فالواجبات والحقوق غير المحدودة هي ما كانت غير مترتبة في ذمة الانسان [1] ، « مثاله الصدقات المطلقة وسد الخلاف ودفع حاجات المحتاجين واغاثة الملهوفين وانقاذ الغرقى والجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر » [2] . وبعبارة اخرى هي الواجبات الاخلاقية والادبية التي تتجلّى في اعمال البرّ والاحسان والخير المطلق .

اما الواجبات والحقوق المحدودة فهي ما لزمت ذمة المكلف ، وهي على ضربين . أولهما ما كان من حقوق الله ، كالصلاة والصيام والحجّ . والثاني ما كان دَيْناً على امرىء نحو امرىء آخر حتى يخرج عنه ، « كأثمان المشتريات وقيم المتلفات » ، وما أشبه ذلك . وهذا الضرب الثاني أي الحق أو الواجب المحدود يقابل الحق الشخصي أو الموجب .

ويقابله من جهة اخرى ، في اصطلاح علماء فروع الفقه الاسلامي ، كلمة الدَّيْن بمعناها العام . وهذا المعنى مبين في حد المجلة الذي ذكرناه في الفصل السابق ، « أي ما يثبت في الذمة ، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ، ومقدار منها ليس بحاضر ، والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز ،

---

(١) الذمة في الاصطلاح معناها ذات الانسان .

(٢) هذا قول الشاطبي . راجع تفصيل ذلك في كتابه الموافقات ، ج ١ ص ١٥٦ — ١٥٧ .

فكلها من قبل الدَّين » (المادة ١٥٨) .

وتعريف شبيه بهذا ، بل قل أوضح منه وأتم ، هو تعريف القدسي في الحاوي . ففيه ، الدَّين « عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما »[١] . ولا ينحصر الدَّين كما ترى بالعقود ، بل هو كل ما ثبت في الذمّة سواء انشأ عن عقد ام عن سبب آخر . وبهـذا المعنى العام ورد في آية الميراث « من بعد وصية يوصى بها أو دين » [٢] .

وبالنتيجة ، فالدَّين قريب من الموجب . ويؤيد ذلك تعريف الموجب ذاته في القانون اللبناني ، حيث قيل للاشخاص المرتبطين به دائنون ومدينون ، وهـاتان مشتقتان من الدين . ولكن الموجب والدين لا يترادَفان ، بل يختلفان لان الاول أعم من الثاني . فالدين ، كما ذكرنا في تعريفه ، هو المال الحكمي أو ما ثبت في الذمة من المال . أو بعبارة اخرى هو الموجب الذي يرمي الى اداء مال من النقود أو من الاشياء المثلية . فلا يشمل إذاً باقي أنواع المواجب ، كموجب العمل والامتناع . ولا تكفي هذه الكلمة وحـدها من ثم للتعبير عن الموجب او الالتزام . وعلى كل فالعرف لم يأت بهذا الترادف التام .

أضف الى ذلك ان للدين معنى آخر خاص . فالاصطلاح الدارج يستعمل الدين بمعنى عقد القرض ، فيقال استـــدان بمعنى استقرض . وهو اصطلاح قال به بعض الفقهاء المسلمين الذين جوزوا القرض الى اجل معين . وهو اخيراً ما جاء في احد الاقوال في تفسير الآية الكريمة « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمّى فاكتبوه ... » [٣] .

أما كلمة الضمان فقد استعملت بمعنى مسؤولية التعويض بوجـه عام [٤] ، وبمعنى المسؤولية الجرمية بوجه خاص ، كما سنبينه في باب التصرفات الفعليـــة . فهي اذاً قريبة من معنى الموجب اذا كان موضوعه المطالبة بالتعويض ، ولكنها ، كما نرى ،

---

(١) كما نقله ابن نجيم في الاشباه والنظائر ص ١٤٢ .

(٢) سورة النساء (٤) ، ١١ .

(٣) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ . راجع تفسير الفخر الرازي (ج ٢ ص ٣٦٣) ، والمحلى لابن حزم (جزء ٨ ص ٧٧ رقم ١١٩٠)

(٤) راجع البدائع (ج ٦ ص ١٤٢) ، حيث قسم المضمون ، اي الشيء الذي يكون سبباً لمسؤولية التعويض ، الى دين وعين .

لا تشمل باقي انواع المواجب .

ولا بد من الاشارة اخيراً الى ان الاصطلاح الفقهي استعمل احياناً كثيرة كلمة الطالب بمعنى الدائن . مثاله قالت المجلة : « الطالب مخيّر في المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل .. » (المادة ٦٤٤) .

النظرية العامة

ان نظرية الموجبات والالتزامات نظرية عامـــة ، وهي بلا ريب أهم ما ترك الرومانيون من نظريات وابحاث فقهية . فانها تشمل ناحية كبيرة من المعاملات الشرعية ، وتضم القواعد التي ترتكز عليها جميعاً . ولا يخفي ما في ذلك من الفوائد العلميه والعملية . فدرس هـذه الاحكام يضع الحجر الاساسي الذي تبنى عليه كل التفصيلات الفرعية .

ويوضح ذلك ان الموجبات المختلفة ، سواءٌ أَنتجت من العقود أم من الجرائم المدنية كالاتلاف والغصب وغيره أم من باقي مصادر الضمان والالتزام ، كلها تتشابه في نتائجها ووسائل تنفيذها وأسباب سقوطها ، كالايفاء والتنازل والتقادم بمرور الزمن وما الى ذلك . وسبب هذا الشبه ان جميع هـــذه المصادر تنتج أثراً شرعياً واحداً ، هو الرباط القانوني الذي وصفناه بالموجب أو بالالتزام .

فلا شك إذاً في ان درسها كلها في كتاب واحد ونظرية واحدة يسهّل فهمهـــا كثيراً ، ويوضح المقاصد الشرعية التي أوجبتها والشروط التي تقتضيها . ولا ضير بعد ذلك من ان تدقق التفصيلات العائدة لكل من هذه المصادر على حدة ، دون أن يُمَسّ جوهر الوعاء الشامل الذي يحويها على العموم .

ولا شك ايضاً في ان هـــذا النحو من البحث العلمي يمنع من الناحية العملية تكرار القواعد والضوابط التي تشمل جميع مصادر الموجبات . فتكرار هـــذه الاحكام العامة لا بد منه اذا لم تجتمع معاً في نظرية واحدة ، واذا تركت للفصول الخاصة بكل مصدر من مصادر الموجبات او بكل عقد من العقود .

ومن الاسف ان نثبت ان مجلة الاحكام العدليـة والكتب الفقهية التي نقلت عنها لم تأخذ بهذه النظرية العامة على ما اوضحنا . بل ان اكثر الاحكام المتعلقة بهذا الموضوع درست في ابواب مختلفة ، على طريقـــة خاصة بترتيب كتب الفروع

الفقهية ، حتى ان بعضها ايضاً لا نجده الا في كتب اصول الفقه .

ولا عجب من ذلك ، فالفقه الاسلامي لم ينشأ تاريخياً عن بحث علمي ، بل هو وليد القضايا العملية ، التي كانت اسباب نزول الآيات القرآنية وأسباب السنّة القولية والفعلية والتقريرية ، والتي كانت ميداناً للاجتهاد والقياس والاستدلال والاستحسان . هذه القضايا العملية وجدت قبل ان توجد المبادىء العامة والقواعد الكلية . وان علم الفقه الاسلامي لم يُبنَ على النظريات في بدء نشوئه ، بل كان بناؤه على المسائل التي عرضت والمسائل التي افترضها الفقهاء على طريقتهم واصولهم وادلتهم .

ولا غرو ايضاً من القول إن الشريعة الانكليزية لم تتبع هذا التحليل الروماني ولم تأخذ بالنظرية العامة للموجبات والالتزامات . ويفسر ذلك ان هذه الشريعة لم تتأثر كثيراً بالفقه الروماني ، كما تأثرت به الشرائع الاوروبية وغير الاوروبية التي نقلت عنها . فبالاحرى ان يكون الامر كما ذكرنا في الشرع الاسلامي ، وهو بعيد عن التأثير الروماني كما اثبتنا في غير هذا المعرض [1] .

مصادر الالتزام والموجبات

ان للالتزام بالمعنى الذي عرّفناه مصادر عديدة ، اختلف كثيراً في تقسيمها وتبويبها ، ولا نرى هنا فائدة من تعدادها . وقد قسمها قانون الموجبات والعقود اللبناني الى اربعة أقسام . وهي : القانون ، والكسب غير المشروع ، والاعمال غير المباحة ، والاعمال القانونية (المادة ١١٩) .

فالموجبات التي تنشأ عن القانون تستمد منه مباشرة « دون سواه ، كالموجبات الكائنة بين ملاّك متجاورين ، او كديون النفقة التي يوجبها القانون على بعض الاقرباء او الانسباء » (المادة ١٢٠) . فهذا النوع يسمى في الاصطلاح الفقهي الاسلامي الفرض او الواجب الشرعي . مثاله نفقة الزوجة واجبة على الزوج ، بمقتضى الشرع وحده من دون اي مصدر آخر .

والكسب غير المشروع هو كل كسب جناه امرؤ بلا سبب شرعي . وهو من مصادر الموجبات في الشرع الاسلامي ، بالشروط والحدود التي نبيّنها في محلها .

---

(١) في كتاب فلسفة التشريع في الاسلام ، الفصل الخامس من الباب الرابع ، ص ٢٢٠ .

والاعمال غير المباحة هي الجرائم أو اشباه الجرائم المدنية التي يرتكبها شخص ويلتزم بضمان نتائجها ، كما نرى في الاتلاف مثلاً . اما الاعمال القانونية فهي الاعمال التي تجري لاحداث الاثر القانوني ، وخاصة لانشاء الموجبات وأهمها العقود (المادة ١٤٧) .

وهذا التقسيم الحديث لم يكن متبعاً منذ القديم . فالتاريخ قد اثبت أن أول مصادر الموجبات كانت الجرائم ، وان أول رباط الزامي كان العلاقة التي تضع المجرم المدين في حالة خنوع نحو المتضرر الدائن .

ويفسر ذلك ان الحياة الاجتماعية كانت في القديم البعيد فطرية ، وكان الفرد فيها يكاد لا يذكر بالنسبة الى ما كان للعائلة والقبيلة من كبير شأن . وقد كانت أولى العلاقات ما نشأ عن الجرائم ، وأولى الموجبات ما نتج منها . وكانت ألواح القوانين التي ابتكرها العقل البشري مليئة بما يتعلق بتلك الجرائم وبعقوباتها الشديدة القاسية .

وازاء هذا كانت التجارة فطرية ايضاً ، والمعاملات والمبادلات الاقتصادية محدودة ومحصورة . فكانت العقود لذلك قليلة . وهي لم تأتِ كمصدر للموجبات إلا بعد وقت طويل ، مرّت فيه بتدريج بطيء ، ولكن بتقدم مستمر ، حتى أصبحت اليوم بلا ريب أعظم مصادر الموجبات على الاطلاق . وعلى هذا النمط كان تطور تاريخ الموجبات في الشريعة الرومانية [1] .

ثم ان الموجبات كانت عند الرومان على قسمين : أولهما قسم الجرائم ، والثاني قسم العقود [2] . انما بتطور التشريع ظهرت موجبات جديدة اخرى لم تكن تدخل في التقسيم القديم . فادخل بعضها في القسم الاول وسمي باشباه الجرائم ، وادخل الباقي في القسم الثاني وسمي باشباه العقود [3] . فأصبح التقسيم رباعياً في كتاب الاحكام ليوستنيانوس [4] ، بعد ان كان ثنائياً في كتاب غايوس [5] ، ولا يزال اثر هذا

---

(١) راجع كتاب ماين Maine ، القانون القديم A law ، (طبع دنت، لندن ، ١٩٢٧ ص ١٠٠ و١٧٩) ، وكتاب جيرار القانون الروماني (باريس ، ١٩٢٤ص٤٠٨) .

(٢) Ex contractu , ex delicto

(٣) Quasi ex contractu , quasi ex delicto aut ex maleficio

(٤) الكتاب الثالث ، الفصل ١٣ ، ٢ (Inst . III , 13, 2)

(٥) الكتاب الثالث ، عدد ٨٨ (G.III ,88) .

التقسيم في القوانين الحديثة كقانون نابليون ، بل حتى في الشريعة الانكليزية .

ونحن لا نتعرض هنا لبحث هذا التقسيم ولا التقاسيم الحديثة المختلفة، وبينها تقسيم القانون اللبناني الذي ذكرناه. والمهم من كل ذلك ان نفهم أن أهم مصادر الموجبات جميعاً هي العقود والجرائم ، او بعبارة معربي القانون اللبناني هي الاعمال القانونية والاعمال غير المباحة ، مع العلم بان الفئة الاولى تحوي مصادر اخرى غير العقود كتصرف الفضولي وما اشبه .

وهذه المصادر جمعها الفقهاء المسلمون بعنوان واحد هو التصرفات الشرعية . فالتصرف في اصطلاحهم هو كل عمل ينشيء الالتزام وينتج أثراً شرعياً . والتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية . فالقولية تشمل العقود جميعاً والتصرفات الاخرى الشبيهة ، كالوقف والنذر وعمل الفضولي بعد الاجازة وما الى ذلك . والتصرفات الفعلية هي الافعال التي تكون سبباً للضمان ، كاتلاف مال الغير او غصبه [1]. فالنوع الاول مرادف لما اسماه القانون اللبناني الاعمال القانونية ، والثاني مرادف للاعمال غير المباحة . ويتميز النوع الاول من الثاني انه ينتج عن عمل مشروع جرى بنية احداث الاثر الشرعي ، مع ان الثاني ينتج عن فعل مادي غير مشروع . مثاله البيع يعقده البائع والمشتري بقصد نقل ملكية المبيع والثمن وما يتبعها من الموجبات ، وهو عمل مشروع يجرى قصداً لانشاء الاثر الشرعي . ولكن اتلاف مال الغير فعل مادي لا يبيحه القانون ، بل يمنعه ويحكم على فاعله بالضمان اللازم .

وكلمة التصرف تفيد المعنى المطلوب ، على الرغم من انها استعملت في قانون الملكية بمعنى آخر [2]. ولكن كلمة التصرفات القولية ربما فهم منها انها تحصل بالقول فحسب ، مع انها تصح بالكتابة كما نرى في العقود الخطية المعروفة ، وتصح حتى بالاشارة كما في عقد الاخرس ، وبالدلالة كالسكوت في معرض الحاجة ، على ما سنفصل في باب الرضى في العقود .

---

(١) راجع هذا التقسيم وتطبيقه في باب الحجر والاكراه في البدائع (ج ٧ ص ١٧١) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٥٩) ، والمادة ١٠٠٧ من المجلة .

(٢) استعملت احياناً بمعنى وضع اليد بنية التملك (Possessio) ، واستعملت ايضاً بمعنى حق استعمال الارض الاميرية واستغلالها (المادة ١٤ من قانون الملكية) .

ومع هذا ، فاننا لم نر ما يبرر ترك هذه الاصطلاحات الفقهية العربية الثابتة المفهومة والاخذ بالعبارات المعربة التي جاءت في القانون اللبناني .

وبعد ، فالتصرفات القولية او الاعمال القانونية تنقسم الى قسمين : اولهما واكبرهما هو قسم العقود ، وهو الذي ينتج عن اتفاق بين فريقين او اكثر . والثاني هو ما كان ناتجاً عن فريق واحد ، وهو لا يصح الا في احوال استثنائية . اهمها عمل الفضولي ضمن الحدود التي سنبينها ، والوقف اذا كان الموقوف عليهم غير معينين ، والاسقاطات المحضة التي لا تتوقف على القبول وان كانت ترتد بالرد ، كما سيأتي تفصيله جميعاً في محله .

واخيراً لا بد من الملاحظة ان استعمال الحقوق ، وان كان في الاصل منافياً للضمان ، الا انه يكون على خلاف ذلك في بعض الاحوال ، فينتج حينئذ بعض الموجبات كما سنوضح في الباب التالي.

ونحن ، بعد هذه الكلمة العامة الوجيزة عن التصرفات الشرعية والموجبات وتقسيم مصادرها ، نتكلم في الابواب الباقية من هذا القسم عن استعمال الحقوق ، وعن الفضولي والتصرف بمال الغير ، وعن الكسب غير المشروع . ثم نتكلم بعد ذلك في قسمين متتابعين عن الاعمال غير المباحة او التصرفات الفعلية وعن العقود من التصرفات القولية. ولا نتعرض لاحكام الوقف الخاصة ، ولا للواجبات الشرعية الناتجة عن القانون او الشرع ، من نفقة وغيرها ، لعلاقة بعضها بالاحوال الشخصية ، وعلاقة البعض الآخر بقانون الملكية او بابواب متفرقة اخرى من فروع الفقه . وبعد هذا كله نوضح في قسمين اخيرين مفاعيل الموجبات واسباب سقوطها بوجه عام .

الباب الثالث
استعمال الحقوق

الفصل الاول

الجواز الشرعي ينافي الضمان

المبدأ

ان الحق يفهم من نفس تعريفه انه المصلحة التي يقرها الشرع او القانون بسلطته ، ويحميها بقوته . وهو معين الحدود والمدى ، بحيث يقدر صاحبه على استعماله ضمن تلك الحدود ، باسم القانون نفسه ودون معارضة احد من الناس .

وبديهي انه متى قبل ان الانسان يستعمل حقه فهم انه لا يستعمل إلا ما اولاه اياه القانون واجازه له . وبديهي ان هذه الاجازة القانونية ترفع عنه في الاصل كل تبعة تجاه الغير من جراء ما ينتج عن استعمال حقه ضمن حدوده القانونية .

فهذا المبدأ إذن هو من الأوليات الشرعية ، وهو لذلك من القواعد الكلية في جميع الشرائع .

فقديماً جداً قال الرومان « من استعمل حقه لم يضر أحداً »[1] . فأخذ بذلك القانون الفرنسي[2] وما اشتق منه من القوانين . وقديماً ايضاً قال الانكليز بعدم الضمان لما ينتج عن استعمال الحق من الضرر ، لانه « ضرر بلا تعدٍّ » حسب

---

(١) Nemo damnum facit , neminem laedit qui suo jure utitur . Dig 39 , 2 , 26.

(٢) كولان وكابتان ، القانون المدني الفرنسي ، ج ٢ ص ٣٨٢ — ٣٨٤.

اصطلاحهم المنقول عن اللاتينية [١] .

وقديماً كذلك وجد الفقهاء المسلمون انه من التناقض ان يقال بتبعــة امرىء فعَلَ ما أجازه الشرع . فجاء في المجامع « جواز الشرع ينافي الضمان » [٢] ، وفي القواعد الكلية من مجلة الاحكام العدلية « الجواز الشرعي ينافي الضمان » ، مثلاً ، لو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيها حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً » (المادة ٩١) . وسببه ان حافر البئر فعل ما هو جائز شرعاً ، وان الجواز الشرعي هذا يرفع عن الفاعل مسؤولية الضرر الذي لحق بالحيوان بسبب وقوعه وهلاكه في البئر المحفورة .

ويكون الحكم نفسه فيما اذا وقع في البئر انسان وهلك وكان دخوله بغير إذن المالك ، او باذنه ولكن البئر بيّنة مكشوفة والداخل بصير [٣] .

وفي الكتب الفقهية والمجلة أمثلة لا حصر لها توضح هذه القــاعدة العامة . فقد روت المجلة منها كثيراً ، ونحن نقتطف ههنا بعضها .

مثاله يجوز لمستأجر الدابة ان يحملها المقــدار المتفق عليه ، فاذا حملها ذلك المقدار ، او أقل منه ، وعطبت الدابة ، فلا ضمان عليه (المادة ٦٠٥) ، لانه فعل ما هو جائز له .

وكذلك قالت المجلة : « لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى وكسدت تجارة الاولى ، فلا تغلق الثانيــة » (المادة ١٢٨٨) . وقالت ايضاً بمعناه : « اذا اشتغل أحد بصنعة او تجارة في سوق ، فليس لارباب هــذه الصنعة او التجارة ان يحجروه ويمنعوه من اشتغاله بهذه الصنعـــة او التجارة ، قائلين انه طرأ على ربحنا وكسبنا خلل » (المادة ٩٦٥) . وتعليل ذلك ان حرية العمل حق لكل انسان . فاذا ما استعمل أحد هذا الحق ، فليس لغيره منعه ، ولا طلب الضمان منه .

ويشبه هذا قضية طريفة حدثت في تاريخ القضاء الانكليزي في ايام الملك هنري الرابع في أوائل القرن الخامس عشر . وهي قضية معروفة باسم « قضيــة مدارس

---

(١) Damnum sine injuria . راجع كتاب بولوك ، قانون الجرائم المدنية ، Torts ، ص ١٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع شرحه المنافع ص ٣١٨.

(٣) المغني ، ج ٩ ص ٥٧١ .

النحو في غلوسستر »[١] . وتلخص بان معلمين في مدينة غلوسستر ادعيا أن معلماً ثالثاً فتح مدرسة في تلك البلدة ، وانه لحق بهما من ذلك ضرر ناتج عن تدني دخلهما . وقد ردت دعواهما باعتبار ان الضرر لم يكن بدون حق .

ومن أمثلة عدم الضمان بسبب استعمال الحق ما جاء في جامع الفصولين انه « لو شكى أحد مديونه الى الوالي فغرمه السلطان ، لم يضمن الدائن »[٢] .

تقييدات المبدأ

نعم ان الاصل كما قلنا ان استعمال الحق جائز ، وانه لا يوجب الضمان بحد ذاته ، ولكن هذا الاستعمال قد يسبب للغير أضراراً جسيمة ، وقد يكون ناتجاً عن مجرد قصد الضرر بالغير . فهل يمنع هذا الاستعمال المضر ، وهل يكون موجباً للضمان ؟

وبعبارة اخرى ،ان قاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان » مبدأ عام . أفليس لهذا المبدأ من مستثنيات ؟

هذا سؤال دقيق ، اختلفت فيه الآراء والنظريات ، وتباينت المذاهب والقوانين . فاجاب فريق من جهة بالنفي وبعدم الضمان ، لان الحقوق مطلقة . وبهذا قال الشافعي والحنفيون في ظاهر الرواية والقانون الانكليزي .

ومن جهة ثانية اجاب فريق آخر بالايجاب ، باعتبار ان الحقوق مبنية على مقاصد معينة ، وانها نسبية يقيد بعضها البعض الآخر ، وانه لا يجوز إساءة استعمالها . ومن هنا نشأت نظرية سوء استعمال الحقوق ، وهي نظرية اختلف ايضاً في النظر اليها . فمنهم من بناها على النتيجة ، فمنع كل ضرر فاحش ينتج عن استعمال الحق بدون الالتفات الى النية . وهي النظرية المادية (objective) ، التي قال بها الامام ابو يوسف ومجلة الاحكام العدلية وكثير من الفقهاء المسلمين . ومنهم من بناها على النية ، فمنع استعمال الحق الذي يقصد منه الاضرار المحض بالغير . وهي النظرية المعنوية (subjective) ، التي قال بها بعض المالكيين والقانون اللبناني ومعظم القوانين العصرية الاوروبية .

---

(١) Gloucester Grammar Schools, 1411, Y. B. 11 Hen. 4 fo. 27 pl. 23.

(٢) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١١٥ .

فاذن في المسألة ثلاث نظريات مختلفة . ونحن في هذا الباب نفرد فصلاً خاصاً لايضاح كل من هذه النظريات ، ونبين بصورة خاصة موقف المذاهب الاسلامية منها والخلاف بينها . وسنسعى ما امكن ان نستلخص منها المبادىء الرئيسية التي تستند اليها .

ولقد كتب الكثيرون في هذا الموضوع من ناحية التشريع الاسلامي . ولا شك انهم اصابوا في ذلك ، لولا ايجاز في بعض ما كتب [١] ، كان منه عدم التفريق بين المذاهب المختلفة والاكتفاء بمذهب واحد هو في الغالب المذهب الحنفي ، ولولا توسع في البعض الآخر [٢] ، كان فيه الخروج عن الموضوع والذهاب الى مواضيع اخرى لا صلة لها باستعمال الحقوق ولا باساءته .

---

(١) مثلا كتاب جوسران « روح الحقوق ونسبيتها » (نظرية سوء استعمال الحقوق) ، باريس ، ١٩٢٧ ص ٢٨٠ (De l'esprit des droits et de leur relativité) ، واطروحة الاستاذ اميل تيان « التبعة الجرمية في الشرع الاسلامي » (بالفرنسية) ، بيروت ، ١٩٢٦ ، ص ٢١٨ .

(٢) راجع مثلا الاطروحة الفرنسية للسيد محمود فتحي « فكرة سوء استعمال الحقوق في الشرع الاسلامي »

(La notion de l'abus des droits dans la jurisprudence musulmane)

سانت اتيان ، ١٩١٢ .

الفصل الثاني

نظرية الحق المطلق

المبدأ

هذه نظرية تتمسك بالقاعدة الكلية « الجواز الشرعي ينافي الضمان » تمسكاً شديداً ، وتعتبر الحق ضمن حدوده الشرعية نافذاً على اطلاقه ، لا يقيده قيد ولا يحده حد .

ولقد قال بها من المسلمين الائمة ابو حنيفة النعمان والشافعي واحمد بن حنبل وداود الظاهري وغيرهم . فهؤلاء وكثيرون من اتباعهم تعرضوا لهذا البحث بمناسبة الملك وحق التصرف به وفي العلاقات الجوارية . ولا بأس هنا من ان نستشهد ببعض فتاويهم لايضاح ما ذكرنا .

قال ابو حنيفة ، وهو رئيس الكوفيين وامير القياس بلا ريب ، « من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وان كان يتضرر جاره به » [1] . وحكي ان رجلاً تضرر من بئر حفرها جاره في داره ، فاتى الامام الاعظم شاكياً مستفتياً ، فلم ينكر الامام على الجار فعله في ملكه ، بل هدى المستفتي الى حيلة بقوله : « احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة » ، ففعل . وكلا الامرين كما ترى فيه ضرر واذى ، ولكنه جائز لم ينكره ابو حنيفة . وبمعناه روى ابن الهمام عن النوازل انه لو اتخذ احد داره حظيرة للغنم فتأذى الجيران من هذا العمل فليس لهم منعه . وبذلك قال الشافعي واحمد بن حنبل . وبه اخذ الحنفيون في ظاهر روايتهم والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني عملا بالقياس . اما ما روي عن ابي يوسف وبعض المتأخرين

---

(١) فتاوى قاضيخان (بهامش الهندية) ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

انهم قالوا بعكس هذا الرأي فهو استحسان ، كما سنوضحه قريباً [١] .

وقال محمد بن ادريس الشافعي في كتابه الام انه لا يحمّل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وان الرجل له أن يفعل في ماله ما له ان يفعل ولو اضر هذا بغيره ، بل ولو اضر بنفسه ايضاً . وقد ذكر من ذلك امثلة عديدة [٢] .

وقال ابن حزم الظاهري : « لا ضرر اعظم من ان يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقاً » . فعليه « لكل احد ان يفتح ما شاء في حائطه من كوة او باب او ان يهدمه ان شاء في دار جاره او في درب غير نافذ او نافذ ، ويقال لجاره : ابن في حقك ما تستتر به على نفسك » . وهو قول رواه ابن حزم عن استاذه ابي سليمان الظاهري ، وعن ابي حنيفة والشافعي ايضاً . وبمعناه قال : « لكل احد ان يعلي بنيانه ما شاء ، وان منع جاره الريح والشمس ، لانه لم يباشر منعه بغير ما ابيح له . ولكل احد ان يبني في حقه ما شاء من حمام او فرن او رحى او كمد (؟) او غير ذلك ، اذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك » [٣] .

وهذا الرأي الاسلامي شبيه بالنظرية الاوروبية التقليدية ، التي تنظر الى الفرد وحده والى حقوقه بحد ذاتها ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين وعن حقوق المجتمع الذي ينتسب اليه . فهي ترى حقوقه هذه مطلقة ، لا يكون استعمالها ابداً غير مشروع ، وتراها ثابتة لصاحبها يستعملها بحرية ، دون تغيير ودون التفات كبير الى الغاية التي منحت لاجلها . ولذلك كله سميت ايضاً هذه النظرية بالنظرية الفردية [٤] .

والنظرية الفردية هي التي تأثرت بها الثورة الفرنسية في القرن الثامن عشر ، وهي التي بنيت عليها مبادىء حقوق الانسان الفرنسية . لذا لا غرو من ان نرى القانون المدني الفرنسي ساكتاً عن مسألة سوء استعمال الحقوق ، ومن ان نرى المذهب التقليدي في فرنسا يسير مبدئياً على النظرية الفردية من هذه الناحية ، سواء في اجتهاد القضاء القديم ام في المؤلفات الفقهية القديمة . ولا غرو ايضاً من ان نسمع ، منذ مدة غير بعيدة ، عالماً كالاستاذ بلانيول يقول عن ايمان متين وعقيدة

---

(١) شرح فتح القدير على الهداية (ج ٥ ص ٥٠٦) ، والفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٢٠٢) .

(٢) الام ، ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) المحلى ، ج ٨ رقم ١٣٥٥ و ١٣٥٧ .

(٤) Individualiste

راسخة : — « ان الحق ينتهي حينما يبتدىء سوء الاستعمال ، فلا يمكن ان يكون لحق ما استعمال سيء ، للحجة التي لا تدحض ، وهي ان العمل الواحد نفسه لا يمكن ان يكون بآن واحد موافقاً للحق ومخالفاً له »[١] .

واخيراً لا بد من الاشارة الى ان النظرية الفردية كانت ولا تزال اقوى ما تكون في القانون الانكليزي الاميركي . ففي هذا القانون لا يعتبر الفعل الجائز شرعاً موجباً لأي ضمان ، ولا يمكن منعه ولو حصل بدافع سيء . وبعبارة اخرى ، لا ينظر في هذا القانون الى نية مستعمل الحق ، بل الى مدى دائرة استعماله له . فاذا كان هذا الاستعمال ضمن الحدود المعينة قانوناً ، فلا ضمان على مستعمله ، مهما كان الباعث على استعماله حقه ، والعكس بالعكس . مثاله ، كما ورد في احد الاحكام الانكليزية ، لو تصرف أحد عن حسن نية في ملكه وكان تصرفه هذا مشروعاً ، فلا ينقلب الى تصرف غير مشروع بانقلاب النية من حسنة الى سيئة[٢] .

ومن الطريف ان نذكر ان الانكليز حافظوا على هذه النظرية ، وبقوا من معارضي نظرية سوء استعمال الحقوق الى اليوم الحاضر[٣] .

حدود المبدأ

نعم ان الحق مطلق في هذه النظرية كما اوضحنا . لكن هذا المبدأ مقيد بشرط ، هو ان يكون استعمال الحق في حدوده الشرعية والقانونية . اما اذا جاوز

(١) في كتاب مبادىء القانون المدني (ج ٢ رقم ٨٧١) وعبارته حرفياً هي :

« Le droit cesse où l'abus commence et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ».

(٢) كتاب الجرائم المدنية لبولوك ، (١٩٢٩ ، لندن ، صفحة ١٦٠ وما بعدها) ، وقضية برادفورد ضد بكلز لسنة ١٨٩٥ (Bradford v. Pickles) في كتاب كني Kenny's cases on torts (١٩٢٨ كامبردج ص ٨) ، وكتاب nglish Law from the foreign Standpoint تأليف غولدشميت Goldschmidt (لندن ١٩٣٧ صفحة ٢٠٦) .

(٣) راجع ما كتبه الاستاذ غود هارت Goodhart تأييداً لهذا الرأي في تعليقه على حكم صادر من محكمة لندن العليا لسنة ١٩٣٦

(Hollywood Silver Fox Farm v. Emmet, 1936 , 2 K . B . 468)

ورده على ماقاله الاستاذ هولد سورث Holdsworth بعكس ذلك في مجلة القانون الفصلية Law Quarterly Review لسنة ١٩٣٦ صفحة ٤٦٠ — ٤٦١ ،ولسنة ١٩٣٧ص ١ — ٤ .

الاستعمال تلك الحدود ، وتعداها الى حقوق الغير ، فعندئذ يجب الضمان على الفاعل المعتدي .

ومواضع الضمان بسبب مجاوزة حدود الحق القانونية خارجة عن مسألة استعمال الحقوق ، اذ هي من التصرفات الفعلية والاعمال غير المباحة التي سنوضحها في محلها . انما لا بأس من ان نذكر بعض هذه المواضع على سبيل المثل ، لنبين الفرق بينها وبين غيرها من الأمثلة التي تكون ناشئة عن استعمال الحق المجرد ضمن حدوده ، خصوصاً وان هذين الضربين من الأمثلة جمعا معا احياناً ، دون تمييز ولا تفصيل ، كما فعلت المجلة وكثير من الكتب الفقهية .

ففي مجلة الاحكام العدلية وغيرها ذكرت احوال الضرر الفاحش في علاقات الجوار . فمنها ما كان ناشئاً عن استعمال الحق ، على ما سنبينه قريباً ، ومنها ما كان زائداً عليه . مثاله لو بنى احد في بيته تنوراً للخبز دائماً او رحى للطحن ، او لو اتخذ داره حماماً وتأذى جيرانه من الدخان اذىً فاحشاً فانه يمنع من هذه التصرفات جميعاً [١] . وبمعناه ورد في المجلة : « لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن البناء ، أو باحداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة ، فهذا كله ضرر فاحش ... » (المادة ١٢٠٠) . وحتى ابن حزم نفسه ، وهو من أشد انصار حرية التصرف الواسع ، قال : « لا يجوز لأحد ان يدخن على جاره ، لانه أذى ، وقد حرم الله تعالى أذى المسلم » [٢] .

ويوافق هذا كله ما جاء في القانون الانكليزي عن الضمان بسبب ما يسمونه « الاذية » [٣] . وتعريف الاذية يشمل جميع الضرر الذي يأتي من الغير في أثناء استعمال ملكه او تصرفه فيه ، كالدخان أو الضجة المتواصلة وما اليها ، التي تكون بين الجوار وتضر بالصحة او تقلق الراحة .

وبالنتيجة ، نرى الفرق بين مواضع التبعة ومواضع انتفائها ظاهراً في النظرية الفردية . فمن جهة يعتبر المرء حراً في استعمال حقه ضمن شروطه وحدوده ، كما لو

---

(١) رد المحتار (ج ٤ ص ٣٠٥) ، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٤١)

(٢) المحلى ، ج ٨ رقم ١٣٥٧ .

(٣) Nuisance. راجع كتاب بولوك المذكور ، (ص ٤٢١ وما بعدها) .

بنى أحد داراً وسدّ بذلك النظر عن جاره . ولكن من جهة ثانيـــة ، إذا خرج الاستعمال عن حدوده المعينة ، كما في تصاعد الدخان وتتابع الاصوات المزعجـــة للجوار ، فمسببها يكون حينئذ مسؤولا ، لان هذه النتائج لم تعد محصورة في حقه وملكه ، بل جاوزت ذلك الى حقوق الآخرين وملكهم .

الفصل الثالث

النظرية المادية لسوء استعمال الحقوق

العلاقات الجوارية

من العادات القديمة الراسخة عند العرب رعاية الجوار وحب الجار . وقد افرطوا في ذلك افراطاً شديداً ، حتى صار الجوار عندهم مرادفاً للعهد والذمة ، وشاع ما يسمونه عقد الجوار . وهو عقد كان يتولاه كبيرهم مع من استجار به من الناس . فيصبح بهذا جاراً له يجيره ويحميه .

وقد بقيت هذه العادة في الاسلام ، بل هي قويت ، بما كان للتشريع الاسلامي من قوة ، وبما كان فيه من مزيج بين الدين والقضاء ومن ارتباط بين احكام العبادات والمعاملات ، وبما كان لهذا الارتباط وذاك المزيج من أثر ظاهر بيّن في قواعد العدل وفروع الاحكام .

فُشرع وجوب الاحسان الى الجار القريب والبعيد في الآية الكريمة : «وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجُنُب» [1] وفي الحديث الشريف : «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لاخيه أو لجاره ما يحب لنفسه» [2] .

ومن اثر ذلك ، بعبارة حجة الاسلام الغزالي ، ان حق الجوار لم يكن كف الاذى فحسب بل احتمال الاذى ، واظهار الرفق واسداء الخير والمعروف [3] ، حتى قيل في الامثال المأثورة : «الجار ولو جار» .

---

(١) سورة النساء (٤) ٣٦ .

(٢) صحيح مسلم ، ج ١ ص ٤٩ .

(٣) احياء علوم الدين ، ج ٢ ص ١٨٩ .

ومن اثر ذلك ايضاً الحقوق العديدة التي منحها الشرع الجار ، كحق الشفعة في بعض المذاهب ، وحق منع الضرر الفاحش كما سنرى .

درء المفاسد

من البديهيات الشرعية قاعدة كانة ، قديمة حديثة . قديمة لانها نشأت بنشوء الشرائع ، وحديثة لانها خالدة باقية ما بقيت الشرائع نفسها . هي ان الشريعة مبنية على مقاصد اصلية وغايات اساسية . وان هذه الغايات والمقاصد ترمي بوجه عـام النفع للناس أو دفع الضرر عنهم . أو بعبارة الفقهاء ، هي ترمي جلب المصالح أو درء المفاسد . والشريعة الاسلامية ككل شريعة اخرى بنيت على هذه القـاعدة . ولقد كتب فيها الفقهاء المسلمون كثيراً [١] .

وكان من آثار هذه القاعدة ما رأيناه في غير هذا المعرض من التوسع في ادلة التشريع كالاستحسان عند الحنفيين، والمصالح المرسلة عند المالكيين ، والاستصلاح عند الغزالي ، وما الى ذلك .

وكان من آثارها ايضاً ان ينظر الى الحقوق نظرة اجتماعية خالصة ، وان يفهم منها انها شرعت لغـاية معينة تعود للمصلحة العامة ، وانها مقيـدة بهذه الغاية مربوطة بها .

وهذه القاعدة تقصد ، كما قلنا ، الى جلب المنفعة أو الى درء المفسدة . وهي تقصد أحياناً الى الاثنين معاً . أما اذا تعارضت المنفعة والمفسدة في مسألة واحدة ، وكانت المفسدة زائدة على المنفعة ، قدم منع المفسدة على جلب المنفعة [٢] . وبمعناه قالت مجلة الاحكام العدلية : « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » (المادة ٣٠) ، أو اولى من جلب المصالح ، كما في عبارة كتاب الاشباه والنظائر [٣] .

الضرر الفاحش

ان قاعدة درء المفاسد هذه ، وان مبدأ حقوق الجوار عند العرب وفي الشرع

---

(١) راجع مثلاً قواعد الاحكام في مصالح الانام لعزالدين بن عبد السلام ،ج١ص٤و١٥و٦٥.
(٢) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ٤٩ .
(٣) لابن نجيم ص ٣٦ ، وللسيوطي ص ٦٢ .

الاسلامي ، كل هذا بنى عليه بعض الفقهاء في العلاقات الجوارية ، نظرية خاصة لسوء استعمال الحقوق ، تقول بمنع المرء من استعمال حقه اذا نتج منه ضرر فاحش للجار ، لان منع الضرر الفاحش عن الجار اولى من ابقاء المنفعة لصاحب الحق .

واول من قال بذلك الامام مالك بن انس ناظراً فيه الى المصلحة ، ثم صاحب ابي حنيفة الامام ابو يوسف مخالفاً القياس وظاهر الرواية في الامر ، ومتأثراً بالاستحسان وحاجات الحياة الاجتماعية العملية . وقد تمشى على رأيه مشايخ بلخ والمتأخرون من الحنفيين ، فقالوا انه اذا تصرف احد في ملكه وتضرر جاره بذلك ضرراً بيّناً دائماً لا يمكن التحرز منه ، كان للجار ان يمنعه [١] .

وبهذا المذهب أفتى مشايخ الاسلام في الدولة العثمانية من عهد ابى السعود العمادي [٢] . وعليه سارت مجلة الاحكام العدلية ، فنصت على انه « لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابداً الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً » (المادة ١١٩٧) . ثم فصّلت ذلك في المواد اللاحقة في باب المعاملات الجوارية ، فاستهلته بقولها : « كل احد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً » (المادة ١١٩٨) .

فاذن ، في المجلة ، « يدفع الضرر الفاحش بأيّ وجه كان . . . » (المادة ١٢٠٠) . وازالة الضرر الفاحش من فروع القاعدة العامة : ان « الضرر يزال » ، وانه « لا ضرر ولا ضرار » (المادتان ١٩ و ٢٠) ، وهي قاعدة سيأتي ايضاحها في باب التصرفات الفعلية والاعمال غير المباحة .

والضرر الفاحش ، كما عرفته المجلة ، « هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر بالبناء اي يجلب له وهناً ويكون سَبَبَ انهدامه » . وينقسم قسمين كما مرّ آنفاً : اولهما الضرر الفاحش الذي فيه تجاوز على حقوق الآخرين ، كالدخان والصوت المتواصل او كطرق الحديد الذي يمنع السكنى او يحدث وهناً في بناء الجار او ما الى ذلك ، وكله كما

---

(١) المدونة الكبرى (ج ١٥ ص ١٩٧) ، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٤١) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٤ ص ١٩٦) ، والفتاوى الخانية (بهامش الهندية ، ج ٢ ص ٢٥٦) ، وتنقيح الفتاوى الحامدية (ج ١ ص ٣٦٢) ، وجامع الفصولين(ج ٢ ص ٢٦٦) ، والبهجة شرح التحفة للتسولي (ج ٢ ص ٣٣٥ وما بعدها) .

(٢) راجع شرح علي حيدر على المجلة (تحت المادة ١١٩٧) .

رأينا هو اضرار بالغير من دون حق وقــد مرت الاشارة اليه . والثاني الضرر الفاحش الذي يصيب الجار دون ان يخرج عن حدود استعمال الحق العادي . وامثلة ذلك عديدة ، نقتطف بعضها من المجلة :

اولا – « لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسدّ مهب ريحه ، فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش . . . » (المادة ١٢٠٠) .

ثانياً – « .. سد الضياء بالكلية ضرر فاحش . فاذا أحــدث رجل بناء فسدّ بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة : فله ان يكلفه رفعــه للضرر الفاحش . ولا يقال الضياء من الباب كافٍ لان باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب .. » (المادة ١٢٠١) .

ثالثاً – « رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضرراً فاحشاً . فاذا أحدث رجل في داره شباكاً او بناءً مجدداً ، وجعل له شباكا مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفــاصل بينهما طريق ، فانه يؤمر برفع الضرر ، ويصير ذلك الرجل مجبوراً على دفع هــذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر ، اما ببناء حائط أو وضع طبــلة ، لكن لا يجبر على سدّ الشباك بالكلية ... » (المادة ١٢٠٢) .

وبنفس المعنى جاء في المدونة الكبرى انه اذا فتح أحد أبوابا وكوى في بنائه ، يشرف منها على دار الجار وعياله فانه يمنع من ذلك . وقيل هــذا موافق لكتاب عمر بن الخطاب الى ابن لهيعة [١] .

و كذلك جاء في المغني انه لو اضطر أحد « الى طعــام وشراب لغيره فطلبه منه ، فمنعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال ، فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه ، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ، ولانه اذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخــذه قهراً ، فاذا منعه اياه تسبب الى هلاكه بمنعه ما يستحقه ، فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك » [٢] .

ما ذكرنا هو حكم الضرر الفــاحش ، وأما اذا لم يكن الضرر كذلك ، فانه لا يمنع . مثاله : « منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة

---

(١) المدونة الكبرى ، ج ١٥ ص ١٩٧ .

(٢) المغني ، ج ٩ ص ٥٨٠ .

ومنع دخول الشمس ليس بضرر فاحش » (المادة ١٢٠١) [١] . و « اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان فليس لجاره ان يكلفه سدّه لاحتمال انه يضع سلماً وينظر الى مقر نساء ذلك الجار » (المادة ١٢٠٣) .

واخيراً لا بد من الاشارة الى ان قاعدة « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » تقضي بان يوازن بين المنفعة التي يجنيها صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير . فاذا كان الضرر الناتج زائداً على المنفعة ، منع استعمال الحق . أما اذا تساوى الضرر والمنفعة فتقدم المنفعة . مثاله : قلنا يجوز للمالك ان يحفر بئراً في ملكه . فاذا حفرها وجذبت ماء بئر جاره ، فليس للجار منعه من الحفر (المادة ١٢٩١) ، ولا طلب الضمان منه . وسببه ان النفع والضرر تساويا فلا موجب لتقديم درء المفسدة على جلب المنفعة .

هذا في المجلة ، أما عند الامام مالك ، فصاحب الملك يمنع من ان يحفر بئراً تضرّ ببئر جاره ، سواء أكان الحفر في وسط ملكه أم في غير وسطه [٢] .

وعلى الجملة ، تتلخص نظرية المجلة بالقاعدتين الكليتين الواردتين في المجامع . وهما ان « الافعال المباحة انما تجوز بشرط عدم ايذاء احد » ، وان « تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به الجار » [٣] .

هاتان القاعدتان لم تذكرهما المجلة بل اكتفت بالقاعدة العامة ان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . وهي قاعدة ناقصة لا تمثل نظرية المجلة الكاملة في المسألة ، الا اذا استثني منها الضرر الفاحش ، أي اذا صارت « الجواز الشرعي ينافي الضمان ، ما خلا احوال الضرر الفاحش » .

واخيراً نرى ان المجلة لا تشترط النية السيئة في الضرر الفاحش . اي انها لا تنظر الى نية مستعمل الحق ، بل الى النتيجة العملية الناشئة عن الاستعمال . فاذا كانت النتيجة مضرّة ضرراً بيناً فهي ممنوعة ، ولو كانت نية مسببها حسنة . واذا كان الضرر غير فاحش فانه يباح ، ولو كان حدوثه ناتجاً عن نية الضرر المحض . فلذا كله ، سمّينا هذا المذهب بالنظرية المادية ، لتمييزه من النظرية المعنوية ، التي تنظر في استعمال الحقوق الى نية صاحبها كما سنوضح في الفصل الآتي .

---

(١) المدونة الكبرى ، في الموضع المذكور .
(٢) المدونة الكبرى ، في الموضع المذكور .
(٣) المنافع شرح المجامع، ص ٣١٣ و ٣١٦.

الفصل الرابع

النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق

قصد الاضرار

هذه النظرية كالنظرية السابقة تقول بان الحقوق ليست مطلقة بل نسبية لا تجوز اساءة استعمالها . وهي مثلها تنظر الى الحقوق من ناحية علاقاتها المتبادلة بين افراد المجتمع ، وتراها مرتكزة على مصالح وغايات اجتماعية عملية .

فالنظريتان تتوافقان في وجوب تقييد حرية صاحب الحق وبوجوب النظر الى الغرض الذي منح لاجله هذا الحق . وهما تتوافقان ايضاً في انهما خصمان للنظرية الفردية ، التي تأخذ الحقوق على اطلاقها وتنفي ان يكون لها سوء استعمال .

انما تختلف النظريتان في تعريف اساءة الاستعمال . فبينما نرى النظرية المادية السابقة لا تنظر الا الى النتيجة المادية للمعاملات ، نرى النظرية المعنوية هذه تتحرى نية مستعمل الحق . فاذا كانت هذه النية حسنة ، فلا سبيل الى منع صاحبها من استعمال حقه ولو تضرر الغير منه ضرراً فاحشاً . اما اذا كان لا يقصد من استعمال حقه الا الاضرار بالغير ، فهو ممنوع من ذلك ومسؤول بالضمان .

فنية الاضرار[1] اذن هي وحدها الفاصل بين الفعل المباح والفعل الممنوع ، والفاصل بين حسن الاستعمال واساءته . ومثل يوضح ذلك : اذا بنى أحد في ملكه حائطاً عالياً جداً ، بقصد درء مفسدة أو تحصيل منفعة ، كمنع المعتدين او اللصوص من الوصول الى ملكه أو كمنع النظر الى بيته حباً بالانفراد والراحة ، اذا كان

(١) في اللاتينية Animus nocendi .

البناء لهذه الاسباب او لسبب شبيه مشروع آخر ، فهو جائز ، حتى ولو منع النور أو الضياء عن الجار . اما اذا كان ذلك الفعل لغاية الاضرار المحض بالغير ، فهو ممنوع وهو موجب المسؤولية والضمان .

عند الرومان

هذه النظرية المعنوية عرفها الرومان . وهي وان لم يدرسها علماؤهم كمبدأ عام الا انهم تركوا منها بعض الامثلة اليسيرة ، التي تدل على انهم فكروا فيها ، وعلى انها كانت حينئذ في بدء نشوئها ليس الا .

فمن امثال الرومان الشهيرة ان « منتهى الحق منتهى الظلم » [١] . فهم قد عرفوا اذن انه لا تناقض بين ان يقال في مسألة واحدة انها تمثل الحق والظلم بآن واحد .

وقد نقل يوستنيانوس في « مدونة الاجتهاد » المعروفة بالديجستا جملة منسوبة الى مارسلوس . يقول فيها : « من يحفر في ملكه ويجذب بذلك الماء عن بئر جاره ، فلا يكون ضامناً ، ولكن بشرط ان يفعل ذلك بنية تحسين ارضه . اما اذا فعله بنية الاضرار بالجار ، فهو ضامن ومسؤول بدعوى الاحتيال » [٢] .

في الشرع الاسلامي

رأينا ان الفقهاء المسلمين بوجه عام طائفتان . الاولى لا تقر نظرية سوء استعمال الحقوق . والثانية ، وهي التي اخذت المجلة برأيها ، تنتمي الى النظرية المادّية المبنية على النتيجة والضرر الفاحش ، ولا تنظر في ذلك الى النية او عدمها .

هذا بوجه عام ، ومع ذلك فقد شذ من الفقهاء البعض ، وقالوا بشيء يشبه النظرية المعنوية التي نحن بصددها شبهاً كبيراً ، في وقت لم تكن فيه هذه النظرية قد عرفت وانتشرت كمبدأ عام كما هي عليه الآن . وانا لا اريد ان ابالغ فيما كتب في هذه المسألة ، بل اكتفي بان اضع ما عثرت عليه كما وجدته . والكلام نفسه

---

(١) Summum jus summa injuria .

(٢) « Denique Marcellus scribit , cum eo qui in suo fodiens vicini fontem avertit , nihil posse agi , ne de dolo actionem ; et sane non debet habere , si non animo vicino nocendi , sed suum agrum meliorem faciendi id fecit . » (D 39 , 3 , de aqua , 1 , § 12)

مفسر لمعناه ومداه .

ومن اوضح ما رأيته في ذلك ما كتبه احد فقهاء الاندلس العربية في القرن الثامن للهجرة ، الموافق للقرن الرابع عشر للميلاد . وهو الفقيه الغرناطي المالكي ابرهيم بن موسى اللخمي ، المعروف بابي اسحق الشاطبي ، المتوفى سنة ٧٩٠ هـ [١] . واشهر ما تركه الشاطبي كتاب الموافقات في اصول الشريعة [٢] . والكتاب غزير العبارة ، واسع الحجة ، وهو من دون شك من انفس ما كتب في علم الاصول وفي التشريع الاسلامي ، وذلك بشهادة الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده نفسه والشيخ محمد الخضري [٣] .

وفي الموافقات تحقيق دقيق في مقاصد الشريعة والمصالح التي بنيت عليها . وقد نجح الشاطبي في تحليل ذلك وايضاحه كله ببيان واسهاب . فاثبت انه « ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة ، والمقصود للشارع ما غلب منها ، واذا تعارضتا نظر في التساوي والترجيح » [٤] .

وهكذا اوجب الشاطبي في الاحكام الشرعية ان تنفذ وفاقاً للمقاصد التي وضعت لها . فقال : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل . فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل . اما ان العمل المناقض باطل فظاهر . فان المشروعات انما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد . فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال التي خوالف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة » [٥] .

وتوصل هذا العلاّمة بعد ذلك الى مسألة استعمال الحق أو العمل بالاذن الشرعي ، وما ينتج عن ذلك من جلب المصلحة او دفع المفسدة . فقسم الافعال من هذه الناحية اقساماً ثمانية نختصرها في اربعة ونوجز حكمها كما يلي [٦] :

---

(١) انظر ترجمته في كتاب نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتنبكتي (بهامش الديباج لابن فرحون) ، ص ٤٦ .

(٢) طبع هذا الكتاب حديثاً في اربعة اجزاء ، في المطبعة الرحمانية بمصر ، مع شرح للشيخ عبدالله دراز .

(٣) راجع كتاب اصول الفقه للخضري ، الطبعة الثانية ، ص ١٣

(٤) الموافقات ج ٢ ، ص ٢٥ــ٣٢ .

(٥) المصدر نفسه ص ٣٣٣ .

(٦) راجع في ذلك نفس المصدر ص ٣٤٨ ــ ٣٦٤ .

اولا — اذا كان الفعل الجائز شرعاً لا يلزم عنه اضرار الغير ، فهو يبقى جائزاً على « أصله من الاذن ، ولا إشكال فيه ، ولا حاجة الى الاستدلال عليه ، لثبوت الدليل على الاذن ابتداء » .

ثانياً — اذا كان الفعل الجائز شرعاً يلزم عنه اضرار الغير ، وكان فاعله لا يقصد اضراراً باحد ، فهو يبقى جائزاً لمن ثبت حقه فيه شرعاً ، الا في حالتين : الاولى اذا كان الضرر عاماً فالفاعل يمنع مما هم به « لان المصالح العامة مقدمة على المصالح خاصة » . والثانية اذا كان الفعل يسبب ضرراً خاصاً من نوع المفسدة القطعية ، وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضرراً ، كحفر بئر خلف باب الدار في الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلا بد . فهنا ايضاً لا يبقى الفعل جائزاً . وهذا الحكم كما ترى موافق لقاعدة « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » .

ثالثاً — وهذا وما يليه بيت القصيد في النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق . اذا كان الفعل المأذون فيه شرعاً لم يقصد منه فاعله الا الاضرار بالغير ، فهذا ممنوع من دون شك .

رابعاً وأخيراً — تأتي مسألة الفعل الجائز شرعاً عند ما يحصل منه اضرار الغير ، ويكون فاعله قد قصد نفع نفسه واضرار الغير معاً . مثاله المرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وللاضرار بالغير . فهنا « لا اشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو اضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الاسلام . لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد اضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الاصلي في الاذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ » فالجواب عن هذا السؤال يحتمل تفصيلاً . وهو أنه اما أن يكون إذا رفع ذلك العمل ، أمكن تحصيل النفع للفاعل من وجه آخر ، فحينئذ « لا اشكال في منعه منه ، لانه لم يقصد ذلك الوجه الا لأجل الاضرار ، فلينقل عنه ولا ضرر عليه » . واما أن لا يكون « له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير » ، فحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع أبداً من استعماله .

فبعبارة أخرى وجيزة ، يتلخص قول الشاطبي بان من يثبت حقه الشرعي في أمر فانه يمنع من استعماله اذا لم يقصد من ذلك إلا الاضرار بالغير .

وبعد فنحن نرى ، على الجملة ، أن هذه النظرية موافقة أكثر من غيرها لروح

التشريع الاسلامي ، والحديث الشريف « إنما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » . ونرى أنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق ، إن لم تكن أرقى منها من حيث دقة التفصيل والتعليل ، لا سيما اذا نظر اليها بالقياس الى العصر الذي كتبت فيه .

القوانين الحديثة

ان معظم القوانين الحديثة الاوروبية اعتنقت النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق المبنية على القصد وعلى نسبية الحقوق . وهي آخذة في الانتشار والتوسع ، حتى يصح ان يقال انها اصبحت عامة شاملة ، لولا بعض المستثنيات من الشرائع المحافظة ، كالشريعة الانكليزية الاميركية .

ففي فرنسا اتبع القضاء هذه النظرية في اجتهاده الحديث واخذ بها علماء القانون ، وكتبوا فيها كتباً قيّمة اشهرها كتاب خاص وضعه الاستاذ جوسران ، واسماه « روح الحقوق ونسبيتها » [١] .

وجاء في المادة الثانية من القانون المدني التركي ، المنقولة عن نفس المادة من القانون المدني السويسري ، ان « كل امرىء ملزم ان يستعمل حقه ، وان ينفذ موجباته ، وفاقاً لقواعد حسن النية . وان سوء استعمال الحق الظاهر لا يقع تحت حماية القانون » .

ونص القانون المدني الالماني على أنه « لا يجوز استعمال الحق اذا لم يكن القصد منه الا احداث الضرر بالغير » (المادة ٢٢٦) [٢] .

فانت ترى في هذه النصوص وما اليها ، انه ينظر في استعمال الحقوق الى نية صاحبها . وكذلك ينظر في بعض القوانين الاخرى الى غاية الشارع ومقاصد الشريعة . مثاله جاء في مستهل القانون المدني السوفياتي الصادر عام ١٩٢٣ : « ان الحقوق المدنيـــة في حمى القانون ، ما خلا الاحوال التي يكون فيها استعمالها غير

---

(١) De l'esprit des droits et de leur relativité , (théorie dite de l'abus des droits) . وقد طبع في باريس مراراً .

(٢) Die Ausûbung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zu zufügen.
راجع بنفس المعنى المادة ١٤٨ من القانون المدني الصيني .

ملائم لغايتها الاجتماعية او الاقتصادية » .

وأخيراً في قانون الموجبات اللبناني ، وضع الاستاذ جوسران ، صاحب نظرية نسبية الحقوق الفرنسية ، نظريته هذه بعبارة واسعة صريحة . هي انه « يلزم بالتعويض من يضر بالغير بتجاوزه ، في اثناء استعمال حقه ، حدود حسن النية أو الغرض الذي من اجله منح هذا الحق » (المادة ١٢٤) .

فهذا القانون اوجب اذن ان لا يجاوز استعمال الحقوق الغاية التي شرعت لها ، ولا النية الحسنة المفروضة في صاحبها . وهو قد اوجب ذلك كمبدأ عام يشمل جميع انواع المعاملات والموجبات . ولا يقتصر على المعاملات الجوارية ، كما كان الامر في مجلة الاحكام العدلية . بل ان بعض المعاملات الجوارية اصبح مستثنى من هذا المبدأ ، لان له احكاماً خاصة في قانون الملكية ، وقد مرّ معنا مثل منها في مسألة فتح النوافذ في الابنية [1] .

وفي القانون اللبناني ، علاوة على المبدأ العام الذي ذكرنا ، امثلة عديدة لا بأس من ان ننقل بعضها على سبيل الايضاح :

اولاً — حق الفسخ . في بعض العقود يجوز لاحد المتعاقدين في الاصل ان يفسخ العقد بمجرد مشيئته وحده دون رضى الفريق الآخر . ولكنه « يستهدف لاداء بدل العطل والضرر اذا اساء استعمال حقه في الفسخ ، اي اذا استعمله خلافاً لروح القانون او العقد » (المادة ٢٤٨) . ففي اجارة العمل أو الخدمة ، « اذا فسخ احد الفريقين العقد استبداداً ، اي بدون سبب مشروع ، يستهدف لاداء بدل العطل والضرر للفريق الآخر » (المادة ٦٥٦) [2] .

وكذلك في الوكالة يجوز في الاصل للوكيل ان يعدل عن الوكالة ، ويجوز « للموكل ان يعزل الوكيل متى شاء » (المادتان ٨٠٨ و ٨١٠) . ولكن « اذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة في وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعماله هذا الحق » (المادة ٨٢٢) .

---

(١) راجع المادة ٦٦ من القرار رقم ٣٣٣٩ .

(٢) تعدلت هذه المادة بالمادة الثانية من قانون ٢٧ ايار سنة ١٩٣٧ ، بصورة تحمي حقوق العمال من هذه الناحية . ثم تعدلت بقانون العمل اللبناني

ثانياً — حق المداعـاة . في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني : « حق المداعاة لدى القضاء مباح لكل شخص حقيقي أو معنوي ، لبنـاني ، أو اجنبي ، لتثبيت حقوقه وصيانتها » . ولكن « الدعوى المقامة عن نيـة سيئة وبقصد ايقاع الضرر يجب ان ترد » (المادتان ٢٩ و٣١) .

الباب الرابع

الفضولي والتصرف بمال الغير

الفصل الاول

منع التصرف بمال الغير

المبدأ

من البديهيات الشرعية حرية المرء بان يتصرف في ماله دون معارضة الغير . ومن البديهيات واجب الغير ان يحترم هذه الحرية وان لا يتعرض لها .

وتستتبع هذه القاعدة انه لا يجوز لاحد ان يأخذ مال غيره ، او ان يتصرف فيه من دون حق . واذا فعل ذلك ، عدّ ظالماً او غاصباً ، وكان فعله مظلمة اوغصباً. وسيأتي ايضاح ذلك في قسم التصرفات الفعلية ، وايضاح الضمان الذي يجب على الفاعل .

والمهم في هذا المعرض ان نبين الحكم الشرعي الوضعي للتصرفات المخالفة لتلك القاعدة ، من حيث صحتها أو بطلانها ، فنبدأ بكلمة عن منع التصرف بمال الغير في هذا الفصل ، ثم نتبعها في الفصول التالية بالبحث في النظريات المختلفة لاحكام الفضولي .

جاء في المجلة : « لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه » (المادة ٩٦) . وقد وردت هذه القاعدة في المجامع [١] بنفس العبارة . وهي كما ترى ناقصة يجب

---

(١) شرحه المنافع ص ٣٢٩ .

اقامها ، كما جاء في الاشباه ، هكذا : « لا يجوز التصرف في مال غيره بغير اذنه ولا ولاية » [١] .

فعليه ليس لاحد أن يستعمل مال غيره ، ولا ان يبيعه ، ولا ان يغصبه ، ولا ان يتلفه ، ولا ان يغيره ، ولا ان يحسنه ، ولا ان يؤجره ولا ان يتصرف فيه تصرفاً آخر ، الا باذن من صاحبه او باذن من الشرع . وكل تصرف مخالف لهذه القاعدة لا يصح الا في الاحوال والشروط الاستثنائية التي سنبينها في باب الفضولي .

فاذاً ان التصرف في مال الغير لا يجوز في الاصل الا في حالتين : اذن صاحب المال ، او الولاية عليه . ونحن نوضح كلا منهما بكلمة وجيزة .

الاذن

من دون شك يجوز لمن يملك حقاً غير مقيد ان يأذن غيره باستعماله وبالتصرف فيه . ويكون الاذن صراحة او دلالة . فهو صريح عندما يصرح صاحب الحق به ، كما في الوكالة او الاجارة او الاعارة .

ففي الوكالة يجوز للموكل ، في كل امر يقدر هو على اجرائه بذاته ، ان يفوضه الى آخر ، ليقوم به مقامه . فيكون هذا التفويض اذناً للوكيل بالتصرف في امور الغير . وتستعمل الوكالة في كثير من التصرفات الشرعية القولية ، واهمها المعاملات المالية ، كالوكالة بالشراء او بالبيع ، او بالاجارة ، او بالهبة ونحو ذلك [٢] .

وكذلك في الاجارة يأذن المؤجر للمستأجر باستيفاء المنفعة من المأجور ، لقاء اجرة تدفع له . فيبيح هذا الاذن ما كان ممنوعاً بدونه . والاذن وحده هو معيار الاباحة ، فاذا جاوزه المستأجر ، كان ضامناً . مثاله في المجلة : لو استكرى احد دابة الى محل معين ، فليس له مجاوزة ذلك المحل ، او الذهاب بالدابة الى محل آخر بدون اذن صاحبها [٣] .

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٣) . انتقد الحموي في شرحه على الاشباه (ج ٢ ص ٩٨) هذه العبارة مستنسباً ان يقال « بغير اذن (لا اذنه) أو ولاية » . وقد وردت القاعدة في الدر المختار (ج ٢ ص ٥٦٠) « بلا اذنه ولا ولايته » ، والاصح ان يقال ولاية عليه ، او ان يؤخذ بعبارة الحموي .

(٢) راجع المادتين ١٤٤٩ و ١٤٥٩ من المجلة .

(٣) المواد ٥٤٥ و٥٤٦ و٦٠١ و٦٠٥ منها .

واخيراً في الاعارة ، كما في الاجارة ، بأذن المعير للمستعير باستيفاء المنفعة ، ولكن من دون عوض .

فلولا اذن صاحب الحق أو المال في جميع هذه العقود ، لما كان للوكيل وللمستأجر وللمستعير ان يتصرف في حق الغير . والاذن ، كما رأيت ، صريح في كل من هذه الأمثلة .

ويكون الاذن دلالة في أمثلة أخرى . مثاله في المجلة : يسوغ للشريك الحاضر أن ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر ، بوجه لا يضر الغائب . ويكون هذا من نوع رضى الغائب واذنه دلالة (المادتان ١٠٧٨ و ١٠٧٩) . وايضاً ، « إذا دخل شخص دار آخر باذنه ، فوجد إناء معداً للشرب ، فهو مأذون دلالة بالشرب منه » (المادة ٧٧٢) .

وكذلك ، « اذا قيدت الوكالة بقيد ، فليس للوكيل مخالفته ... ولكن إذا خالف بصورة فائدتها أزيد في حق الموكل ، فلا تعد مخالفة معنىً . مثلاً لو قال أحد اشترِ الدار الفلانية بعشرة آلاف واشتراها الوكيل ... بانقص ، فيكون قد اشتراها للموكل ... » (المادة ١٤٧٩) . فهنا واضح أن الوكالة المقيدة تحتوي ضمناً دلالة الاذن بالشراء بثمن أنقص من المعين [١] .

وتعد ، أخيراً ، من نوع الاذن دلالة المستثنيات التي يصح بها عمل الفضولي دون اجازة كما سنوضح في الفصل التالي .

ولا بد من الاشارة إلى أنه يشترط ، ليصح الاذن ، أن يكون صادراً ممن يملكه . ففي القواعد الكلية : « الامر بالتصرف في ملك الغير باطل » . وهي من القواعد التي أخذتها مجلة الأحكام العدلية (المادة ٩٥) عن كتاب مجامع الحقائق [٢] .

وفي المجلة مثل عن ذلك . فقد قالت : « لا يجري أمر أحد إلا في حق ملكه . مثلاً لو قال أحد لآخر خذ هذا المال وألقه في البحر ، فأخذه المأمور والقاه في البحر ، حال كونه عالماً بانه مال غير ماله ، فلصاحب المال أن يضمّن الذي القاه ، وليس على الآمر شيء ما لم يكن مجبراً » (المادة ١٥١٠) .

---

(١) بمعناه في قانون الموجبات اللبناني يلزم الموكل بما يفعله الوكيل خارجاً عن سلطته ، اذا عاقد بشروط اجزل فائدة من الشروط المعينة في التعليمات التي تلقاها (المادة ٨٠٦) .

(٢) راجع شرحه منافع الدقائق صفحة ٣١٣.

ومعنى هذه القاعدة ظاهر لا يحتاج الى توسع في الايضاح . فمن لا يملك شيئاً ، لا يمكن ان يملّكه غيره . ومن امثال العرب « فاقد الشيء لا يعطيه » . وكذلك في الامثال اللاتينية : « ما من احد يعطي ما ليس له ، وما من احد يمكنه ان ينقل من الحقوق اكثر مما عنده هو »[١] .

الولاية

في اللغة عن الصحاح ، الولاية بكسر الواو معناها السلطان ، وبفتح الواو وكسرها معناها النصرة . وفي الشرع ، الولاية بالكسر او بالفتح هي ، كما عرفها الحموي ، « نفاذ التصرف على الغير شاء او ابى »[٢] . او هي ، بعبارة ثانية ، حق التصرف في امور الغير بدون اذنه ، كما اذا تصرف الاب في اموال ولده الصغير ، بصفته ولياً عليه . بل قل الولاية هي الاذن الشرعي ، اي الاذن الذي يفوضه الشارع الى الولي ، بان يتصرف في امور المولى عليه .

وتكون الولاية في النفس والمال معاً ، او في احدهما فقط . فالولي في النفس والمال معاً هو عند الحنفية الاب والجد . والولي في النفس فقط هو سائر العصبات والام وذوو الارحام . والولي في المال فقط هو الوصي الاجنبي[٣] .

والولاية نوعان ، خاصة وعامة . فالخاصة هي التي يتولاها احد الافراد من الرعية على شخص معين او لامر معين ، كولاية المتولي على الوقف ، وولاية الاب والجد على الصغير ، او كولاية الوصي المختار من قبل الولي او وصيه ، او كولاية الوصي المنصوب من طرف القاضي . وايضاح ذلك أن الصغير والمجنون والمعتوه محجور عليهم لذاتهم (المجلة مادة ٩٥٧) . فهم ممنوعون شرعاً من التصرف في اموالهم كما يشاؤون . وهم اذاً لا يقدرون على تعاطي امورهم بذاتهم ، فمن باب اولى لا يجوز لهم ان يأذنوا غيرهم بتعاطي ذلك عنهم . لذا يقام عليهم ولي شرعي او وصي مختار أو منصوب لادارة شؤونهم ضمن حدود وشروط معينة . فالولي

---

(١) Nemo dat quod non habet . Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet .

(٢) في شرح الاشباه والنظائر ، ج ١ ص ١٩١ .

(٣) الاشباه لابن نجيم ص ٦٣ . راجع ترتيب اولياء الصغير في ماله في المادة ٩٧٤ من المجلة .

أو الوصي يقـــوم مقامهم في كل ذلك ويتصرف في امورهم باسم الولاية أو الاذن الشرعي . وتصرفه ينفذ بحقهم سواء أشاؤوا أم أبوا . وكذلك للوقف متولٍ يقوم بأموره ضمن حدود الشرع .

والولاية العامة هي التي يتولاهـــا الامام او القاضي الذي ينتدبه باسم المصلحة العامة . فبموجب هذه الولاية يجوز للسلطان ان يأمر عند الضرورة بالتصرف في ملك الغير من دون اذنه . مثلاً لو وقع حريق في محلة جاز لولي الامر ان يأمر بهدم الدور التي بجانبها منعاً من تسرب النار (المجلة مادة ٩١٩) .

وكذلك بمقتضى الولاية العامة يكون الحاكم أو القاضي ولي السفيه المبذر دائماً (المادة ٩٩٠) ، وولي الصغير عند عدم الاوصياء (المادة ٩٧٤) . وله ايضاً تعيين الاوصياء عند عدمهم ، ومراقبتهم واعطاؤهم الاذن اللازم شرعاً في بعض الاحوال ، وعزلهم عند تحقق السبب الشرعي ، وتعيين وكيل الغائب ، ومحاسبة متولي الوقف واعطاؤه الاذن باستبدال عقارات الوقف للضرورة أو للمصلحة ، وما الى ذلك من الامثلة الشبيهة .

فالولاية العامة اذاً هي تصرف الامام على الرعية لِما فيه مصلحتهم . لذا كانت هذه الولاية مقيدة بالمصلحة . فقيل في القواعد الكلية في الاشباه : « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة » [١] ، وفي المجـلة : « التصرف عـلى الرعية منوط بالمصلحة » (المادة ٥٨) . وهذه القاعدة تستند الى الحديث الشريف « كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته ، الامام راعٍ ومسؤول عن رعيتـه ، والرجل راعٍ في اهله وهو مسؤول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها ، والخادم راعٍ في مال سيده ومسؤول عن رعيته » [٢] .

فالولي العام الخاص وكلاهما راعيان حافظان مؤتمنان . فعليهما تعهد ما قاما عليه من التصرف في امور الغير بالعدل والصلاح . فالوليان كلاهما صنوان ، او كما قال الشافعي ، « منزلة الامام من الرعية منزلة الولي من اليتيم » [٣] . وهو قول يستند الى جملة مأثورة فاه بها عمر بن الخطاب في خطبته عن التصرف في مال الرعية ، حيث

---

(١) للسيوطي (ص٨٣) ، ولابن نجيم (ص ٤٩) .
(٢) رواه البخاري . راجع شرحه للعيني ج ٦ ، ص١٨٩ .
(٣) ذكرها السيوطي في الاشباه والنظائر ، ص ٨٣ .

قال : « أنا ومالكم كولي اليتيم » [١] .

والولايتان ، العامة والخاصة ، وان كانتا تتشابهان من ناحية الحكمة التي بنيتا عليها ، والمصلحة التي تقصدان اليها ، الا انها تختلفان من ناحية ثانية ، وهي القوة التي تكون لكل منهما .

فبينما تشرف الولاية العامة على الخاصة ، بمعنى ان الولي العام ، كما رأينا ، يملك عزل الولي الخاص ومراقبته ومحاسبته ، ولا يعكس ، اذ بالولاية الخاصة تقدم على العامة ، اذا اجتمعتا ، من جهة أولوية التصرف .

هذا معنى القاعدة الكلية الواردة في الاشباه والنظائر [٢] وفي مجلة الاحكام العدلية ، ونصها : « الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة ، فولاية المتولي على الوقف اولى من ولاية القاضي عليه » (المادة ٥٩) .

واليك امثلة توضح ذلك : لو آجر المتولي عقار الوقف لزيد ، وآجره القاضي لعمرو ، فاجارة المتولي وحدها معتبرة دون اجارة القاضي ، لان ولاية الاول خاصة وولاية الثاني عامة . فتقدم الولاية الخاصة على العامة ، لان العامة لا تكون الا عند عدم الاولى . وهي لا تكون عند وجودها الا متممة لها ، ومشرفة عليها ليس الا . وكذلك ايضاً ، لا يزوج القاضي اليتيم واليتيمة ، الا اذا لم يكن لهما ولي خاص . وهذا للسبب الذي بينا .

الفضولي والنظريات المختلفة

في اللغة والاستعمال الدارج ، الفضولي هو من يتعرض لما لا يعنيه . وياء النسبة في هذه الكلمة لم تدخل على المفرد ، بل دخلت خلافا للقياس على الجمع ، اي فضول جمع فضل ، ومعناه الزيادة .

اما في الاصطلاح الشرعي ، فالفضولي « هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي » (المادة ١١٢ من المجلة) . أو هو بعبارة أخرى ، كل من يتداخل بامور غيره ويتصرف بها ، خلافاً للقاعدة العامة التي ذكرنا ، والتي تمنع التصرف بحق الغير بدون إذن أو ولاية .

---

(١) كما روى ابو يوسف في كتاب الخراج ، بولاق ، ص ٦٧ .

(٢) للسيوطي (ص ١٠٤) ، ولابن نجيم (ص ٦٣) .

مثاله : لو باع زيد مال عمرو ، دون أن يكون وكيلاً عنه أو ولياً عليه ، أي دون تفويض من صاحب المال أو إذن من الشرع ، فهو بائع فضولي .

وفي الحكم الشرعي لتصرفات الفضولي نظريات ومذاهب مختلفة . فالنظرية الاولى تقول ببطلان أعمال الفضولي ، ولو وافق عليها صاحب المال . ففي مثلنا ، يعدّ بيع زيد مال عمرو باطلا ، وان قبل به عمرو .

والنظرية الثانية تقضي باعتبار اعمال الفضولي متوقفة على رضى صاحب المال ، فان اجازها صحّت ونفذت ، وان لم يجزها فسخت وبطلت .

ونظرية ثالثة ، اخيراً ، تحكم بصحة تصرفات الفضولي ، ولو لم يجزها صاحب المال ، اذا كانت مفيدة له ، وجرت بقصد الرجوع عليه .

فنحن ، في الفصول التالية ، نستعرض بايجاز كلا من هذه النظريات الثلاث ، ونبين موقف المذاهب الاسلامية منها ، مع ادلتها ووجوه الخلاف والوفاق فيما بينها .

الفصل الثاني

نظرية بطلان اعمال الفضولي

المبدأ وتفسيره

إن عقد الفضولي في هذه النظرية باطل ، لأنه لم يصدر عن ولاية أو اذن . وهذا العقد الباطل يبقى كذلك ، وإن وافق عليه صاحب الحق ، لان اصل العقد محرم وباطل ، فلا يكون لاحد اجازة المحرم الباطل . إنما يجب لتصحيح عمل الفضولي أن يتراضى صاحب المال مع من تعاقد مع الفضولي ، وان يعقد معه عقداً جديداً ، كأن العقد الاول لم يكن .

وان هذا الحكم ، بعدم وقوف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الحق وبعدم نفاذه بالاجازة ، يشمل البيع والشراء والنكاح والوقف وسائر العقود والتصرفات القولية .

ومن أوضح الامثلة على ذلك بيع المغصوب . فلو غصب زيد دابة عمرو وباعها من خالد ، والمشتري يعلم أنها مغصوبة ، فبيع زيد باطل . ولا يملك عمرو إجازة هذا البيع الباطل . إنما له أن يبيعه ابتداء من خالد بعقد جديد صحيح ، يكون وحده المعتبر .

اتباع هذه النظرية

قال بهذه النظرية من الفقهاء المسلمين ابو ثور وداود الظاهري، من أصحاب المذاهب البائدة ، والامام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه ، والامام الشافعي فى مذهبه الجديد[1] . وليس في القوانين الغربية ، على ما نعلم ، ما يؤيد

(١) راجع المحلى (ج ٨ رقم ١٤٦٠) ، والام (ج ٣ ص ١٣) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٥) ، والمجموع (ج ٩ ص ٢٦١ وما بعدها) .

هذه النظرية .

وحجة القائلين بهـا الحديث الشريف المروي عن حكيم بن حزام ، انه سأل النبي (ص) « يا رسول الله ، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي ، أفأبتاعه له من السوق ؟ » ، فأجابه « لا تبعْ ما ليس عندك » [١] . وقد استدلوا بهذا الحديث على بطلان بيع الفضولي ، أي بيع ما لا يملكه البائع . وهو ، كما ترى ، استدلال غير قاطع ، لا سيما إذا قيس عليه بطلان سائر تصرفات الفضولي . وعلى كل ، فليس فيه ما يدل عـلى عدم جواز تصحيح عمل الفضولي باجازة لاحقـة من طرف صاحب الحق .

أضف إلى ذلك ، ان هذا النظر القاصي نظري محض ، لا يوافق حاجات الناس من الناحية العملية . فهو ، بمنعه صاحب الحق من اجازة عمـل الفضولي ، وبرفضه احياء العقود على هذا الوجه ، يورث المشقة والحرج ، ويقضي على روح السرعـة والتيسير والمرونة والمؤاخاة ، التي تستوجبها جميعاً المعاملات اليومية العديدة .

---

(١) رواه احمد واصحاب السنن الاربعة . راجع سنن أبي داود (ج ٣ رقم ٣٥٠٣) ، والفتح الكبير (ج ٣ ص ٣١٣) .

الفصل الثالث

نظرية التوقف على الاجازة

المبدأ العام وتعليله

لا ريب في ان الوكالة إذن يجيز للوكيل ، كما رأينـــا ، أن يتصرف في ملك الغير . وهذا الاذن من طبعه أن يكون سابقاً لعمل الوكيل .

فاذا صحّ أن يكون الاذن سابقاً على هذا النحو ، أفيمكن ان يكون ايضاً لاحقاً ؟ وبعبارة أخرى ، هل لصاحب المال أن يوافق على تصرفات الفضولي التي جرت بدون اذنه السابق ، وان يصححها باذن لاحق ؟ نعم ، هـــذا ما قالت به النظرية الثانيـــة . ففيها يقوم الاذن اللاحق مقام الاذن السابق . أو كما جاء في القاعدة الشرعية ، الاجازة اللاحقـة بمنزلة الوكالة السابقة [١] ، والاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء [٢] .

ومعنى ذلك ان عقود الفضولي لا تعتبر باطلة أصلاً ، كما في النظرية الاولى . بل تعتبر متوقفة على رضى صاحب الحق ، أو على اجازته كما في التعبير الاصطلاحي . فاذا علم صاحب الحق بالعقـد الذي أجراه الفضولي وأجازه ، أي رضي به ووافق عليه ، صار هذا العقد صحيحاً ونافذاً . واذا لم يجزه ، فسخ العقد ، واعتبر كأنه لم يكن . لذا سمي عقد الفضولي موقوفاً ، لان صحته وبطلانه موقوفان على الاجازة أو عدمها .

وقد أخذ بهذه النظرية من القوانين الغربيـة القانون الانكليزي ، ومن الفقهاء

---

(١) الهداية ، ج ٣ ص ٥٥ .

(٢) الهندية (ج ٥ ص ١٢٣) ، والمبسوط (ج ٢٤ ص ١٨٢) .

المسلمين الامام الشافعي في مذهبه القديم ، والامام أحمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه[1] ، والامامان ابو حنيفة ومالك واصحابهما ، واهل الشيعة الامامية[2]

والى جانب التعليل العقلي الذي ذكرنا ، فقد استند القائلون بهذه النظرية من الفقهاء المسلمين الى السنّة والقياس .

ففي السنّة أمثلة عديدة من اجازة عمل الفضولي ، نكتفي هنا بواحد منها . فقد روى ابو داود والترمذي باسناد صحيح ، ان النبي (ص) اعطى عروة البارقي ديناراً يشتري به شاة ، فاشترى شاتين ، وباع احداهما بدينار ، وجاء بشاة ودينار. فقال النبي (ص) : « بارك الله في صفقة يمينك »[3]. فوجه الاستدلال بهذا الحديث ان عروة باع الشاة الثانية من غير اذن النبي (ص) ، أي كان بيعه فضولياً ، ثم اجازه النبي (ص) فصار صحيحاً .

اما القياس ، فهو على الوصية بما زاد على ثلث مال الموصي . فهذه الوصية ليست باطلة ، بل هي موقوفة على اجازة الورثة ، ان اجازوها صحّت ،وإلا بطلت. فعمل الفضولي شبيه بها . فالقياس عليها صحيح ، لما في ذلك من الحاجة والمصلحة لكل من العاقدين وصاحب الحق ، ولعدم الضرر منه والمانع الشرعي[4] .

وهذا الحكم في النظرية الثانية ، وان كان بحثه قد ورد في باب بيع الفضولي في كثير من الكتب الفقهية ، الا انه عام يشمل جميع عقود الفضولي وسائر تصرفاته القولية والفعلية . ونحن نذكر ههنا بعض الامثلة ، مأخوذة من مجلة الاحكام العدلية غالباً ومن مصادر اخرى .

في العقود المالية

لقد وضعت المجلة المبدأ العام في باب الوكالة . فقالت : « الاجازة اللاحقة هي

---

(١) خصوصاً اذا دعت الحاجة الى التصرف في مال الغير . راجع الروايات والاقوال المختلفة في المذهب الحنبلي في كتاب القواعد لابن رجب (ص ٤١٧ وما بعدها) .

(٢) راجع آنسون Anson (قانون العقد ، ١٩٢٩ ص ٤٠٨) ، وبداية المجتهد لابن رشد (ج ٢ ص ١٤١) ، والمغني (ج ٤ ص ١٦) ، وفتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (بذيل المجموع ، ج ٨ ص ١٢٢) ، وشرائع الاسلام (ص ٩٩) .

(٣) راجع هذا مع امثلة اخرى في سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٨٤ — ٣٣٨٧) .

(٤) فتح القدير على الهداية ، ج ٥ ص ٣١٠ .

في حكم الوكالة السابقة . مثلاً ، لو باع أحد مال الآخر فضولاً ، ثم اخبر صاحبه فاجازه ، يكون كما لو وكّله أولاً » (المادة ١٤٥٣) . ثم بحثت المجلة في احكام عقد الفضولي في فصولها المختلفة بمناسبة كل عقد على حدة .

فبيع الفضولي ذكرته بين البيوع التي يتعلق بها حق الغير ، والتي تنعقد موقوفة على اجازة ذلك الغير (المواد ١١١ و ٣٦٨ و ٣٧٧) . ونصت على ان هذا البيع « اذا اجازه صاحب المال او وكيله او وصيه او وليّه نفذ ، والا انفسخ . . . » (المادة ٣٧٨) . فلهذا اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك وباع الآخر حصته وحفظ ثمنها ، « يكون الغائب عند حضوره مخيّراً ، ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ ، وان شاء لم يجز وضمنه حصته » (المادة ١٠٨٦) .

ولا بد من هذه الاجازة لنفاذ بيع الفضولي في المذهب الحنفي . فبدونها يبقى بيع مال الغير باطلاً ، ولو اكتسب البائع ، فيما بعد ، حق الملكية على المبيع . مثاله ، لو باع احد مال ابيه ، بلا اذنه ، ثم ورثه ، لا ينفذ البيع السابق بلا تجديد العقد . ومثله ، لو باع الغاصب المال المغصوب ، ثم اشتراه من صاحبه الحقيقي ، او اتصل اليه بالهبة ، فالبيع السابق لتاريخ تملكه يبقى باطلا عند الحنفيين [1] .

ولكن الامر على عكس هذا في قانون الموجبات اللبناني (المادة ٣٨٥) . ففيه ينفذ بيع مال الغير ، اذا تملك الفضولي المبيع فيما بعد . وكذلك هو الحكم عند المالكيين ، ولكنه يجوز عندهم للفضولي البائع ان ينقض ما باعه ان ورثه ، لا ان اشتراه . والسبب في هذا التفصيل انه : اذا تعدّى رجل على سلعة آخر فباعها،ثم اشتراها من صاحبها ، فشراؤها عمل اختياري منه ، ليس له اجراؤه لما فيه نقض لعقده السابق والتحلّل من صنيعه . اما اذا ورث الفضولي السلعة ،فله نقض البيع ، لان الميراث ليس بفعل ذاته ، ولم يجرّه هو الى نفسه [2] .

اما الشراء ، فحكمه كالبيع في المذهب المالكي [3] . ولكن فيه تفصيلا عند الحنفيين . فعندهم ، لو اشترى احد شيئاً لغيره ، كان العقد موقوفاً على إجازة هذا الغير المشترى له في حالتين : الاولى ، إذا أضاف المشتري الفضولي العقد إلى ذلك

---

(١) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣٢٣) ، والفتاوى البزازية (ج ١ ص ٥١٧ ، بهامش الهندية) .

(٢) مواهب الجليل شرح سيدي خليل للحطاب (ج ٤ ص ٢٦٩) .

(٣) ابن رشد في الموضع المذكور .

الغير ، أي إذا اشترى المبيع باسم الغير صراحة . والثانية ، إذا كان المشتري الفضولي صبياً قاصراً أو محجوراً عليه . ففي هاتين الحالتين ، لا ينفذ الشراء على المشتري الفضولي ، بسبب التصريح في الحالة الاولى وبسبب عدم أهلية المشتري في الحالة الثانية ، بل يكون الشراء موقوفاً على إجازة الاجنبي المشترى له ، إن إجازه نفذ عليه وإلا بطل . أما في الاحوال الاخرى ، فالعقد لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي وحده . مثاله ، لو اشترى أحد شيئاً باسمه الشخصي ، ناوياً شراءه لغيره ، دون توكيل منه ، فالشراء صحيح نافذ على الفضولي . ولا ينفذ على المشترى له بمجرد إجازة العقد ،بل لهذا الغير أن يشتري المبيع من المشتري الفضولي بعقد جديد معه . والسبب في ذلك أن تصرف الانسان يكون في الاصل له لا لغيره .فاذا وجد نفاذاً عليه في الحال ، كما في المثل الذي ذكرنا ، نفذ بدون توقف [١].

وفيما عدا هذا التفصيل في شراء الفضولي عند الحنفيين ، تبقى قاعدة « الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة » معتبرة في تصرفات الفضولي ، في المذهبين المالكي والحنفي وغيرهما من المذاهب التي أخذت بالنظرية الثانية ، كما توضح الامثلة التي نتابع بيانها فيما يلي .

ففي المجلة أيضاً ، « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المتصرف . وإن كان المتصرف صغيراً أو مجنوناً، وكانت الاجرة اجرة المثل، تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة وليّه أو وصيّه ... » (المادة ٤٤٧) .

وفي هبة الفضولي ، ورد أنه « ... لو وهب أحد مال غيره لا تصح (الهبة) ، ولكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال تصح » (المادة ٨٥٧) .

ومثله ، « قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً . مثلا ، اذا قسم واحد المال المشترك بنفسه ، فلا تكون القسمة جائزة . لكن اصحابه ، ان اجازوا قولاً ، بان قالوا احسنت ، او تصرفوا بالحصص المفرزة تصرف الملاك ، يعني بوجه من لوازم الملك كبيع وايجار ، فالقسمة صحيحة نافذة » (المادة ١١٢٦) .

وايضاً في عقد الصلح ، « اذا صالح احد وهو فضولي ، يعني بلا امر ، عن دعوى واقعة بين شخصين . . . فيكون (الصلح) موقوفاً على اجازة المدعى عليه

---

(١) البدائع (ج ٥ ص ١٤٨) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٠٨) ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ٣١٧) .

(المصالح عنه) . فان اجاز ، يصح الصلح ويلزمه بدله . وان لم يجز ، يبطل الصلح وتبقى الدعوى على حالها » . هذا بشرط ان لا يضمن الفضولي هو بدل الصلح ، او يضيفه الى ماله ، او يشير اليـه ، او يسلمه الى العاقـد الآخر الذي تصالح معه عـلى ذلك البدل . ففي هـذه الاحوال ، يكون المصالح متبرعاً كما سنرى (المادة ١٥٤٤) [١] .

وكذلك نصّت المجلة على انه « اذا اقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذن ، ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع . . . » (المادة ٧٩٣) . فالاستدلال من ذلك ان الوديع ليس مأذوناً بالتصرف في دراهم الامانة ، فاذا فعل كان فضولياً . مثاله لو عقد قرضاً بتلك الدراهم مع اجنبي ، فالعقـد يتوقف على اجازة المودع صاحب المال ، فان اجازه صح بينه وبين المستقرض ، وان لم يجزه بطل .

ومثل الوديع الشريك المضارب . فهو لا يملك حق اقراض مال المضاربة بدون تفويض . فلو اقرض هذا المال ، فعقده موقوف على اجازة رب المال . فاذا اجازه وكان المال قائماً وقت الاجازة صحّ ونفذ ، وإلا فلا [٢] .

في الاحوال الشخصية وفي سائر التصرفات القولية

لا تقتصر الامثلة عن تصرفات الفضولي على العقود المالية ، بل لدينا منها ايضاً في العقود والاسقاطات المتعلقة بالاحوال الشخصية وسائر التصرفات القوليـة ، كالزواج والخلع والطلاق والعتاق والوقف ، وما الى ذلك .

ففي الزواج مثلاً ، لا تجوز الوكالة في بعض الشرائع ، كما نرى في القانون الفرنسي ، الذي يوجب حضور الزوجين بالذات في مجلس العقـد ، إلا في بعض مستثنيات اقتضتها الضرورة لمصلحة الجنود والبحارة التابعين للجيوش المحاربة [٣] . ولكن الامر على عكس ذلك في الشريعـة الاسلامية . ففيها يجوز للزوجين أو لاحدهما أن يوكل وكيلاً ينوب عنه في عقد الزواج . وبما أن « الاذن والاجازة توكيل » ، كما جاء في المجلة (المادة ١٤٥٢) ، لذا كان الاذن اللاحق أو الاجازة ،

---

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣١٨ و ٣٢٣ .
(٢) ذات المصدر .
(٣) راجع بلانيول، القانون المدني الفرنسي (ج ١ رقم ٨٥٨)، وقانون ١٩ آب سنة ١٩١٥ .

في هذه النظرية الثانية التي نحن بصددها ، بمنزلة التوكيل السابق في كل ما كان التوكيل به مباحاً . ومن ثم جاز فيها تزويج الفضولي ، وانعقد موقوفاً على الاجازة كباقي العقود . مثاله ، يجوز لرجل أن يزوج رجلاً امرأة بغير إذنه ، أو أن يزوج امرأة رجلاً بغير إذنها . وفي الحالين ، يتوقف العقد على إجازة من له العقد ، فان أجازه نفذ ، وإلاّ لا . ولكنه لا يجوز لفضولي واحد أن يتولى طرفي عقد الزواج عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، خلافاً لأبي يوسف الذي جوّز ذلك[1] .

وقس على هذا طلاق الفضولي وعتاقه وخلعه[2] . والخلع هو الطلاق من جانب الزوج لقاء عوض من جانب الزوجة[3] .

ومن تصرفات الفضولي أيضاً الوقف . فاذا وقف رجل أرض غيره وقفاً لله ابداً على الفقراء ، كان نفاذ الوقف متوقفاً على اجازة صاحب الارض . فاذا بلغه الأمر وأجاز تصرف الفضولي ، صحّ الوقف ونفذ ، وكانت له الولاية على الارض الموقوفة ، وفاقاً للقاعدة « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » . والعكس بالعكس[4] .

في التصرفات الفعلية

ان الاجازة عند الامام الأعظم أبي حنيفة لا تلحق الا العقود وسائر التصرفات القولية ، دون الافعال . ولكن صاحبه الامام محمداً وبعض المالكيين قالوا بالعكس ، وطبقوا نظرية الاجازة على تصرفات الفضولي الفعلية وعلى أفعاله ، كالقبض والغصب والاتلاف ، وما اليها .

مثاله : « الرضا بالقبض في الانتهاء كالاذن بالقبض في الابتداء » . ومعنى هذه

---

(١) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر (ج ١ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤) ، والفتاوى الخانية (ج ١ ص ٣١٤ بهامش الهندية) ، والفتاوى الخيرية (ج ١ ص ٢٧) .

(٢) فتح القدير (ج ٥ ص ٣١١ و ٣١٣) ، والخرشي على سيدي الخليل (ج ٣ ص ١٧٢) ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ٣٠٩ وما بعدها) ، والفتاوى البزازية (ج ١ ص ٢٥٣ بهامش الهندية) .

(٣) هذا في المذهبين المالكي والحنفي . أما عند الشافعي فالخلع فسخ لا طلاق . ولأحمد بن حنبل روايتان . راجع المبسوط (ج ٦ ص ١٧٣) ، والخرشي (ج ٣ ص ١٥٢) ، والمغني (ج ٨ ص ١٨٠) .

(٤) الفتاوى الهندية (ج ٢ ص ٣٦٦) ، والفتاوى الطرسوسية (مطبعة الشرق بمصر ، ١٩٢٦ ، ص ١٤٩) .

القاعـــدة ان قبض الفضولي دين غيره ، بدون اذنه ، يكون متوقفاً على اجازة الدائن . فلو بعث المدين دينه الى الدائن بيـد رجل لا تفويض لديه بالقبض ، وجاء القابض الى الدائن وأخبره به ، فوافق هـــذا عليه وقال اشترِ به شيئاً ، ثم هلك الدين ، فالهلاك يكون من مال الدائن لا من مال المدين ، لان رضاه بالقبض اجازة لحقت الفعل ، وقامت مقام التوكيل السابق [١] .

وفي الغصب ، لو أن رجلاً غصب ملك غيره وباعـــه من أجنبي او أعطاه اياه بسبب آخر ، ثم أجاز المالك تصرفه صحّ البيع كما رأينـا سابقاً . ولكن هل ان هذه الاجازة تبرىء الغاصب من واجب الضمان ، وبعبـــارة أخرى هل انها تلحق فعل الفضولي ، وهو الغصب كما لحقت عقده ، وهو البيع ؟ نعم يبرأ الغاصب من الضمان ، عند محمد بن الحسن والامام مالك ، ويكون عليه دفع الثمن الذي قبضه الى المالك المجيز [٢] .

اما الاتلاف ، ففيه خلاف . فقد قال ابن البزاز ، ونقله عنه التمرتاشي في التنوير وابن نجيم في الاشباه ، « ان الاتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة » ، « وان من اتلف مال انسان ، ثم قال المالك رضيت بما صنعت أو اجزت ما صنعت ، لا يبرأ » . ولكن الصحيح ، الذي عليه الفتوى عند الحنفيين ، هو ، كما نقل عن العمادية ، ان الاجازة تلحق الافعال ، ومن ثم الاتلاف لانه من جملة الافعال [٣] .

خلاصة الامثلة

على الجملة ، يستدل من الامثلة العديدة التي سردناها مـــن العقود المالية والشخصية ، ومن التصرفات القولية والفعلية جميعاً ، ان توقف نفاذ اعمـــال الفضولي على اجازة صاحب الحق ، في المذاهب الاسلامية التي اخذت بالنظرية الثانية ، هو قاعدة عامة ، شاملة جميع التصرفات الشرعية ، ولا تقتصر على عقد من العقود ، أو تصرف من التصرفات فحسب .

---

(١) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣٢٤) .

(٢) المدونة الكبرى (ج ١٤ ص ٥٤) ، وشرح الاشباه للحموي نقلاً عن المحيط والذخيرة (ج ٢ ص ٩٧ — ٩٨) .

(٣) الفتاوى البزازية (ج ٢ ص ٢٦٥ بهامش الهندية) ، والاشباه والنظـائر لابن نجيم (ص ١١٣) ، والدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ٥٥٩) .

ولقد اكثرنا من هذه الامثلة لاثبات هذه الحقيقة ، التي ربما غابت عن النظر ، بسبب تناثر أمثلتها في فصولها المختلفة من أبواب كتب الفقه الاسلامي . ولعل ما ذكرنا يكفي للوصول الى ما قصدناه .

ففي هذا المعرض ، وغالباً في غيره أيضاً ، لم يدرس الفقهاء المسلمون المبادىء العامة بطريقة تحليلية ، بمعنى استخراج الفروع الخاصة من الاصول العامة . بل بحثوا في المسائل الفرعية اولا ، واستخلصوا من مجموعها المبادىء الفقهية الاساسية . وهذا الاسلوب الاستقرائي يفسره ما عرفناه من اصول التشريع الاسلامي ، ومن أدلته المقدسة ، التي بني عليها علم الفقه ، وتقيد بها الاجتهاد وفق المسائل التي أوجدتها تجارب الحياة العملية ، أو التي استنبطها الفقهاء على سبيل الافتراض .

ومن جميع هذه المسائل ، تكونت بعد ذلك مجموعة غنية للبحث والتنقيب ، مجموعة كانت ميداناً واسعاً للتفكير والاستقراء ، وكانت واسطة توصل بها بعض المتخصصين من الفقهاء الى اثبات المبادىء العامة والقواعد الكلية . ومن هذه المبادىء بلاريب المبدأ العام ، المتبع في النظرية الثانية ، لا سيما في المذهب الحنفي ، وهو ان عقود الفضولي وتصرفاته تتوقف على الاجازة ، ان كان لها مجيز وقت اجرائها ، والا بطلت [١] . ونحن نتابع هنا باختصار بيان الاجازة وانواعها وشروطها .

الاجازة وانواعها

ان الاجازة ، كما قلنا ، هي الاذن اللاحق الذي يوافق به صاحب الحق على ما اجراه الفضولي . وهو الذي يجعل تصرفه الموقوف نافذاً .

وكما تكون الاجازة بالقول تكون بالفعل . ومعنى هذا ان الاجازة تحصل بكل لفظ او فعل يدل على الرضى [٢] . وفي هذا المعرض ، لم يكتفِ بعض الفقهاء بوضع هذه القاعدة ، بل تبسطوا في بيان الامور التي تعد كافية للدلالة على الاجازة ، والامور التي لا تكفي لذلك .

ونحن ، وان كنا لا نرى داعياً لهذه التفصيلات ، التي اوجدت الاختلاف بلا مبرر ،

---

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣١٧ .

(٢) راجع بنفس المعنى كتاب آنسون المذكور ، ص ٤١٢ .

نورد امثلة منهـا اتماماً للفائدة . ففي بيع الفضولي اواجارته ، يعتبر قبض الثمن او الاجرة من قبل المالك اجازة فعلية لعقد البيع او الاجارة الذي جرى بدون اذنه . ولكن لو قال المالك للفضولي ، بعـد علمه بالبيع : « اصبت واحسنت » ، فقيل لا يعد كلامه اجازة قولية ، لانه ربما قصد به الاستهزاء ، ولكن الامام محمداً اعتبره اجازة استحساناً [١] .

وقد اختلف الفقهاء في حكم السكوت . فعند الحنفيين والشافعيين والحنبليين ، لو باع فضولي ملك غيره بحضور صاحبه ، وهو ساكت ، فسكوته لا يعدّ اجازة . ومثله لو كان البيع بغيابه ، وسكت بعد علمه به . وفي تزويج الفضولي كذلك ، لا يعد قبول التهنئة وحده اجازة [٢] .

أمـا عند المالكيين وابن ابي ليلى ، فللسكوت حكم الاجازة . فعندهم ، لو باع احد مال غيره ، وكان المالك حاضراً بجلس البيع وسكت عنه ، او لو كان المالك غائباً ثم علم بالبيع وسكت عنه مدة طويلة ، قيل هي العام ، لزمه البيع وعدّ سكوته رضى واجازة ، إذا لم يكن ساكتاً لعذر مانع كسطوة أو سلطان [٣] .

والنتيجة ان الاجازة ، لما كانت رضى وموافقة ، فالمفروض ان تحصل بكل ما يدل على هـذا الرضى والموافقة ، سواء أكان ذلك صريحاً ام ضمنياً . فكان الاحرى بالفقهاء الذين اختلفوا في هذه التفصيلات ، ان يضعوا هذا المبدأ العام ، ثم يتركوا تطبيقه إلى تقدير القاضي وحكمته في كل قضية من القضايا الجزئية ، بحسب ظروفها الخاصة ووقائعها المادية .

والاجـازة يجب أن تصدر ممن له الاذن بالتصرف . فهي إذاً تكون في الاصل لصاحب الحق او لوكيله . وإذا كان هو صغيراً او مجنوناً أو محجوراً عليه ، كانت الاجازة لوليه او وصيه .

---

(١) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٤١ (بهامش الهندية) .

(٢) جامع الفصولـين (ج ١ ، ص ٣١٢ و ٣١٥) ، والهندية (ج ٣ ص ٢٠٨) ، والام (ج ٧ ص ٩٣) ، والمبسوط (ج ٣٠ ص ١٣٩ — ١٤٠) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ، ج ٤ ص ١٦) .

(٣) البهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٦٩ — ٧١) ، والام في الموضع المذكور .

الفسخ

عند عدم الاجازة يعتبر العقد مفسوخاً . وقس على العقد غيره من التصرفات . ويكون الفسخ طبعاً لمن له حق الاجازة . فاذا رفض صاحب الحق او وكيله او وصيه أو وليه اجازة عقد الفضولي ، انفسخ ذلك العقد (المجلة المادة ٣٧٨) .

وكذلك يجوز فسخ العقد أيضاً ، قبل حصول الاجازة ، من جانب الشخص الذي تعاقد مع الفضولي . ولكن هل يجوز للفضولي هو ان يفسخ العقد وينقضه ؟ الجواب يحتاج الى تفصيل عند الحنفيين . فالفضولي يملك حق الفسخ في البيع وما اليه من العقود « دفعاً للحقوق عن نفسه » ، بشرط ان يكون ذلك قبل الاجازة ، لان العقد بعدها يصبح نافذاً ، لا مجال لفسخه . اما في التزويج ، فليس للفضولي فسخ العقد الذي اجراه عند الامام محمد بن الحسن وعند الامام ابي يوسف في احد قوليه ، لان حقوق العقد لا ترجع اليه ، بل هو فيه ، كما قيل ، « معبر محض » أي ناقل العبارة . وللفضولي الفسخ في الزواج ، كما في البيع ، في قول آخر لابي يوسف [1] .

وان رأي الحنفيين في البيع مخالف لما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني من انه « لا يجوز للبائع ان يدعي بطلان العقد بحجة ان البيع انعقد على ملك الغير » (المادة ٣٨٥) .

شروط الاجازة

ان الاجازة لا تصح بعد الفسخ . مثاله « لو سمع المالك ان فلاناً آجر ملكه ، فقال لا اجيز هذا العقد ، ثم قال بعد ايام اجزته ، لا تعتبر الاجازة ، لان المفسوخ لا يجاز » [2] .

وعلاوة على هذا ، ينبغي لصحة الاجازة توافر شروط اربعة ، هي وجود كل من العاقدين والمجيز والمعقود عليه . وسبب ذلك أن الاجازة ، لما كانت تصرفاً في

---

(١) الخانية (ج ١ ص ٣١٤ بهامش الهندية) ، والبزازية (ج ١ ص ٥١٨ بنفس الهامش) ، والهداية (ج ٣ ص ٥٥) وشرحها العناية (ج ٥ ص ٣١٢ بهامش فتح القدير) .

(٢) البزازية (ج ٢ ص ٣١ بهامش الهندية) .

العقد بمنزلة انشائه ابتداءً ، وجب توافر شروط العقد الاساسية وقت حصولها [١] .

وهاك ايضاح هذه الشروط : —

الاول والثاني — وجود العاقدين ، أي الفضولي ومن تعاقد معه . فالاجازة بعد وفاة أحدهما لا تصح .

الثالث — وجود المجيز صاحب الحق . فلو توفي هذا ، لم يكن لوارثه أو ورثته حق اجازة العقد ، إلاّ في القسمة عند أبي يوسف . مثلا إذا اقتسم الشركاء التركة ، وبعضهم غائب ، توقف نفاذ القسمة على اجازة الغائب . ولكن إذا مات الغائب قبل الاجازة ، وأجاز ورثته عنه ، فلا تصح الاجازة عند الامام محمد عملاً بالقياس ، ولكنها تصح استحساناً عند الامام أبي يوسف [٢] .

الرابع — وجود المعقود عليه موضوع العقد . ففي البيع مثلاً ، يقتضي لصحة الاجازة بقاء المبيع ، وبقاء الثمن ان كان من العروض لا من النقود . فلو هلك المبيع او تغيّر تغيراً تاماً ، لم تصح الاجازة . واذا كان هلاكه بعد تسليمه الى المشتري ، كان المالك مخيّراً ، ان شاء ضمّن قيمته البائع الفضولي ، وإن شاء ضمنها المشتري [٣] .

ولكن جاء في جامع الفصولين [٤] : انه في بيع المقايضة من الفضولي ، اذا هلك البدل الذي من جهة الفضولي ، ثم اجاز المالك المقايضة ، ينبغي ان ينفذ العقد . وانه اذا باع الفضولي ثوباً بلا إذن صاحبه ، فخاطه المشتري قميصاً ، فأجاز المالك البيع ، كان هذا البيع جائزاً ونافذاً عند ابي يوسف ، لا عند زُفر .

وفي عقد الاجارة ، كالبيع ، يقتضي لصحة الاجازة بقاء المأجور ، وبدل الاجارة ان كان من العروض .

وهذه الشروط جميعاً اوجبتها مجلة الاحكام العدلية في بيع الفضولي وفي اجارته . ففي البيع قالت : « .. يشترط لصحة الاجازة ان يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً . فاذا كان أحد المذكورين هالكاً ، فلا تصح الاجازة . (المادة ٣٧٨) . وكذلك في الاجارة نصت على انه : « .. يشترط في

---

(١) فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١١ .

(٢) جامع الفصولين (ج ١ ص ٣١٤) ، والبزازية في الموضع المذكور .

(٣) البدائع ، ج ٥ ص ١٥١ .

(٤) في الموضع المذكور .

صحة الاجازة قيام وبقاء أربعة أشياء : العاقدين والمال المعقود عليه ، وبدل الاجازة ان كان من العروض . واذا اعدم أحد هؤلاء فلا تصح الاجازة » (المادة ٤٤٧) .

وحكم الاجازة اللاحقة كحكم الوكالة السابقة كما قدمنا . فاذا أجاز المالك بيع الفضولي ، صار المبيع ملكاً للمشتري ، مع الزيادة التي حدثت فيه بعد البيع قبل الاجازة ، وصار الثمن أمانة للمالك في يد البائع الفضولي [١] .

المستثنيات من الاجازة : الاذن دلالة

في كتب الفقه أمثلة عديدة من الاحوال التي يجوز فيها المرء ان يتصرف في ملك غيره بدون اذنه أو بدون ولاية عليه . ويكون تصرفه فيها صحيحاً بلا اجازة، خلافاً للقاعدة العامة . ونحن نورد من الكتب الحنفية أهم هذه المستثنيات :

أولا – يجوز للوالد أو للولد أن يشتري من مال المريض ما يحتاج اليه هذا بغير اذنه [٢] .

ثانياً – ليس للوديع في الاصل أن ينفق من مال الامانة على أبوي المودع بلا اذنه أو اذن القاضي. ولكن يجوز له ذلك إذا كان المودع غائباً وكان الوديع بمكان لا يمكن فيه استطلاع رأي القاضي [٣] .

ثالثاً – يجوز لرفقة السفر إذا مرض أحدهم أن ينفقوا عليه من ماله بدون اذنه . ومثله يجوز لهم اذا مات احدهم أن يجهزوه من تركته بدون اذن الورثة . وروي أن جماعة من أصحاب الامام محمد بن الحسن ذهبوا الى الحج ، فمات أحدهم في السفر ، فأخذ رفاقه ما كان معه وباعوه . فلما رجعوا أعلموا محمداً بالخبر ، فحبذ ما فعلوا ، وتلا الآية الكريمة « والله يعلم المفسد من المصلح » [٤] .

---

(١) الهداية (في الموضع المذكور) ، والخانية (ج ٢ ص ١٣٩ بهامش الهندية) .

(٢) ذكره ابن نجيم نقلا عن السراجية في الاشباه والنظائر (ص ١١٣) . انظر فتح القدير (ج ٣ ص ٣٥٤) .

(٣) ذكره الزيلعي نقلا عن الغاية والنوادر في شرح الكنز (ج ٣ ص ٦٥).

(٤) سورة البقرة (٢) ، ٢٢٠ . راجع الزيلعي في الموضع المذكور وروي عن محمد ، انه مات بعض تلامذته ، فباع محمد كتبه لتجهيزه ، فقيل له انه لم يوص ، فتلا الآية المذكورة . انظر رد المحتار (ج ٥ ، ص ١٧٤) ، وفتح القدير في الموضع المذكور .

رابعاً - اذا كان الولد البالغ الرشيد غائباً ، وكان ابوه فقيراً محتاجاً الى النفقة ، لم يكن للاب أن يبيع مال ولده لنفقته عند الصاحبين محمد وأبي يوسف قياساً على القاعدة التي ذكرنا ، لأن ولاية الاب زالت ببلوغ الولد رشيداً . ولكن أبا حنيفة أجاز له استحساناً في مثل هذه الحال بيع عروض ابنه ، لا عقاراته [١].

خامساً - يجوز استحساناً للورثة الكبار أن ينفقوا على الصغار من أموالهم اذا لم يكن لهم وصي . وأيضاً لو وجد مسجد بلا متول ، وله أوقاف ذات غلة ، جاز لأهل المحلة شراء حصير للمسجد من تلك الغلة ، ولا يضمن المنفق في هذا ديانة [٢].

سادساً - لو هيّأ أحد شيئاً ووضعه بصورة يفهم منها سبب التهيئة ، جاز للاجنبي اجراء العمل المقصود من ذلك . مثاله ، لو أعدّ قصاب شاة وشدها للذبح فمرّ أجنبي وذبحها ، أو لو ذبحها في ايامها ولو لم تشد لذلك ، أو لو وضع احد قدراً فيه لحم على كانون ووضع الحطب تحته فأتى الاجنبي وأوقد النار وطبخ اللحم ، او لو زرع المزارع زرعاً فسقاه الاجنبي ، فعمل الاجنبي في جميع هذه الأمثلة وما اليها جائز لا يوجب الضمان [٣].

وكذلك «لو احضر (احد) فعلة لهدم داره ، فهدمه آخر بلا اذن ، لا يضمن استحساناً ، إذ الاصل في جنسها ان كل عمل لا يتفاوت فيه الناس يثبت الاستعانة فيه لكل أحد» [٤].

وفي المذهب الحنفي جاءت هذه المستثنيات مخالفة للقياس واجيزت من باب الاستحسان، وهو كما نعلم من الأدلة الاصولية الخاصة لهذا المذهب . وتفسيرها ، على الجملة ، يعود الى ضابط واحد : وهو ان اذن صاحب الحق يعتبر فيها موجوداً دلالة ، أو بعبارة أخرى يعتبر الاذن ضمنياً . فرفقة السفر ، اذا مرض احدهم وانفقوا عليه من ماله ، مأذونون دلالة بحكم صحبة السفر ، بان يفعلوا ذلك . ومثلهم الاجنبي الذي يرى الشاة مشدودة ومهيأة للذبح ، مأذون بذبحها دلالة من طرف القصاب . وقس على هذا باقي الامثلة .

---

(١) الزيلعي في ذات الموضع .

(٢) رد المحتار في ذات الموضع . سنرى التفريق في الضمان بين الديانة والقضاء في الجزء الثاني (الفصل الخامس من الباب الاول من القسم الرابع).

(٣) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ٢٣٣ — ٢٣٤ .

(٤) مجمع الضمانات للبغدادي ، المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٨ هـ ، ص ١٤٤ .

وفائدة هذا التفسير ان جميع احكام الفضولي ، في النظرية الثانية السائدة في الشريعة الاسلامية ، تصبح مجموعة تحت قاعدة واحدة . وهي انه لا يجوز لاحد أن يتصرف في حق أحد إلا باذنه أو باذن الشرع .

والاذن ، سواء أكان من صاحب الحق ام من قبل الشرع ، وسواء أكان سابقاً كما في الوكالة ام لاحقاً كما في اجازة عمل الفضولي ، وسواء اخيراً اكان صريحاً كما في الوكالة والاجازة ام مستنتجاً بالدلالة كما في المستثنيات التي يصح بها عمل الفضولي بدون اجازة ، هذا الاذن ، مهما كان نوعه ، هو وحده الذي يجيز التصرف في حق الغير . وما دون ذلك فهو لا يصح ، ولا يمكن في الاصل ان يكون سبباً لأي حكم شرعي نافذ .

المستثنيات من الاجازة بسبب الاضطرار

المستثنيات التي مرّت معنا ، والتي يصح فيها عمل الفضولي بدون اجازة صاحب المال ، وان كانت مبنية على تعليل الاذن الضمني ، الا ان معظمها مبني ايضاً على الضرورة . والضرورة ، كما رأينا في غير هذا الموضع ، هي من أسباب التيسير ورفع المحظورات في الشرع الاسلامي [١] وفي غيره من القوانين [٢] .

والى جانب هذه الفئة من المستثنيات ، توجد عند الحنفيين خاصة ، فئة أخرى لم تفسر بالاذن دلالة كما مر ، بل فسرت فقط باضطرار الفضولي للوصول الى حقه او للمحافظة على ماله .

وأهم أمثلة هذه الفئة الجديدة هي الآتية : —

اولا — اذا قضى أحد الورثة دين الميت ليتوصل بذلك الى اخذ حقه من التركة بالقسمة ، فانه يرجع على التركة بما قضاه من الدين .

ثانياً — اذا اشترى اثنان شيئاً وغاب أحدهما ، فأدّى رفيقه الحاضر جميع الثمن الى البائع ليتمكن من تسلم المبيع ، كان للدافع حق الرجوع على الغائب بحصته من الثمن .

---

(١) راجع كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ص ٢٤٥ .

(٢) انظر بعض المستثنيات من هذا النوع في الشريعة الانكليزية في كتاب بولوك ، الجرائم المدنية (The Law of Torts) ، لندن ، ١٩٢٩ ، ص ١٧٤ — ١٧٦ .

ثالثاً - لو احترق او هدم بيت مؤلف من طابقين كل منهما لمالك ، وطلب صاحب الطابق الأعلى من صاحب الطابق الاسفل ان يبني طابقه ليتمكن هو من بناء الأعلى فوقه ، ورفض صاحب الاسفل ما طلبه منه ، ثم بنى الاول الطابقين ولو بدون اذن الحاكم ، فان له ، أي لمن بنى ، حق الرجوع على الآخر بما صرفه في بناء الطابق الاسفل ، وحق منع هذا الآخر من التصرف فيه حتى يعطيه حصة مصرفه . ويشترط في ذلك ، كما قلنا ، ان يراجع صاحب الاعلى اولا صاحب الاسفل ، ويمتنع هذا عن البناء .

رابعاً - من أحكام الرهن ، ان بعض المصاريف اللازمة لاجل اصلاح المرهون وحفظه تقع على صاحبه الراهن . فلو كان هذا غائباً ، او كان حاضراً وتمنع عن اجراء ما عليه ، فيحق للدائن المرتهن ان ينفق ما يلزم على المرهون باذن القاضي ، وبدون اذنه أيضاً إن لم يكن في البلدة قاضٍ أو كان هذا من قضاة الجور ، ويحق له بعد ذلك أن يرجع على الراهن بما أنفقه بقصد الرجوع عليه [١] .

خامساً - مرّ معنا ان المجلة (المادة ١٠٨٦) لم تجوز لاحد الشريكين بيع حصة شريكه الغائب ، وانما اعتبرت هذا البيع موقوفاً على اجازة هذا الغائب . ولكن ما منع في البيع جوز في الاجارة ، بالنظر للضرورة وللمنفعة المشتركة . فانه من الاوفق للشريكين تأجير العقار المشترك دفعة واحدة ، لما في ذلك من رفع المشقة الناتجة عن صعوبة تأجير حصة الحاضر الشائعة ، ولما فيه من المحافظة على حق الغائب. قالت المجلة : « أحد الشريكين الحاضر إذا آجر الدار المشتركة فأخذ من اجرتها حصة ، وحفظ حصة الغائب جاز ، وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه » (المادة ١٠٨٤) .

سادساً - في حالة الرهن الواحد الذي يأخذه الدائن في مقابلة الدّين الذي له بذمة اثنين ، اذا رغب أحد هذين المدينين في فكّ الرهن وكان الآخر غائباً ، فدفع الاول حصة الثاني من الدّين بدون اذنه ، فلا يعدّ متبرعاً بدفعه هذا ، بل له أن يرجع على الغائب بما دفعه عنه ، إذ أنه فعل ذلك إضطراراً لتخليص حقه [٢] .

---

(١) راجع في هذه الأمثلة المادة ١٣١٥ من المجلة، واعلام الموقعين (ج ٢، ص ٣٢٦) ، ورد المحتار (ج ٥ ص ٤٣١ — ٤٣٢)،والقواعد لابن رجب (ص ١٤١) .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ص ٦٦١ — ٦٦٢ .

فهذه الامثلة ، ومـا كان من نوعها ، اعطت الاجنبي الحق بان يتصرف في حق غيره بدون اذنه أو اجازته ، لان هذا التصرف ضروري لهذا الاجنبي حتى يصل إلى حقه أو حتى يحافظ عليه .

عود الى القاعدة

ان القاعدة في المذهب الحنفي خلا بعض المستثنيات التي أسلفنا هي أن الفضولي الذي انفق من ماله شيئاً لحساب غيره بدون اذنه ، أو بدون اذن القاضي ، يُعدّ متبرعاً بما انفق وليس له حق بالرجوع على من كان الانفاق لحسابه .

ويوضـح ذلك امثلة عديدة ، نكتفي ببعضها ، مأخـوذاً معظمه من مجلة الاحكام العدلية :

أولاً – في عقد الاجارة ، التعميرات المتعلقة باصلاح الشيء المأجور وبصيانته عن الاخلال بالمنفعة المقصودة تعود على الآجر . فاذا أجرى المستأجر هذه التعميرات دون اذن الآجر ، كان عمله من قبيل التبرع ، وليس له طلب المصروف من الآجر . وكذلك ، « نفقة المأجور على الآجر . مثلاً علف الدابة التي استكريت واسقاؤها على صاحبها . ولكن لو اعطى المستأجر علف الدابة بدون اذن صاحبها تبرعاً ، ليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد » (المواد ٥٢٩ و٥٣٠ و٥٦١) .

ثانياً – من المصاريف التي تنفق على الشيء المرهون ما يقع على الراهن ، ومنها ما يقع على الدائن المرتهن . و « كل من الراهن والمرتهن ، اذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر ، يكون متبرعاً ، وليس له أن يطالب الآخر بما صرفه » (المادة ٧٢٥) .

ثالثاً – « الوديعة التي تحتاج الى النفقة ، نفقتها على صاحبها . وإذا كان صاحبها غائباً ، فيرفع المستودع الامر الى الحاكم ... واذا أنفق عليها بدون اذن الحاكم ، فليس له مطالبة صاحبها بما أنفقه عليها » (المادة ٧٨٦) .

رابعاً – « اذا عمّر الشريك الملك المشـترك بدون اذن من شريكه أو من الحاكم كان متبرعا . يعني ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما أصاب حصته من المصرف ، سواء كان ذلك الملك المشترك قابل القسمة أو لم يكن » (المادة ١٣١١) .

خامسا – اذا صالح احد فضولا عن دعوى لغيره ، ودفع بدل الصلح من ماله ،

كان عمله تبرعا ، ولا رجوع له ببدل الصلح على المصالح عنه ، اذا لم يجز عمله (المادة ١٥٤٤) .

سادسا – لو قضى أحد دينا عن غيره أو لو كفله بدون امر أو تفويض ، عدّ متبرعا ، ولا رجوع له على المدين بما قضاه ، الا اذا أجاز هذا عمله [١] .

سابعا – لو عمّر أحد دار امرأته بلا اذنها ، عد متبرعا بما أنفقه وكانت العمارة لها [٢] .

فهذه الامثلة وما كان من أشباهها كلها ترجع ، على الجملة ، الى خلاصة واحدة . وهي القاعدة العامة في المذهب الحنفي انه : اذا أنفق فضولي من ماله شيئا لحساب غيره ، أو اذا أدى عنه واجبا بدون اذنه ، او بدون اذن القاضي في بعض الاحيان ، عدّ متبرعا بما أنفق ، الا في بعض المستثنيات المبنية على اذن صاحب الحق الضمني ، أو على اضطرار الفضولي الناشيء عن سعيه للوصول بذلك الى حقه أو للمحافظة على ماله .

(١) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٦) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٦٣) ، وشرح الزيلعي (ج ٤ ص ١٥٥) .

(٢) جامع الفصولين، ج ٢ ص ٢٢١ .

الفصل الرابع

نظرية المنفعة

المبدأ : اصله وايضاحه

هذه النظرية رومانية الاصل [١] . وقد تبنتها شرائع فرنسا والمانيا وغيرها من الشرائع الاوروبية ، واخذهـــا عنها قانون الموجبات والعقود اللبناني [٢] . ونحن نقول فيها كلمة وجيزة ، مستشهدين ما امكن بمواد القانون اللبناني .

فالفضولي ، في هذه النظرية ، هو كل من قام ، من تلقاء نفسه وبدون تفويض ، بادارة شؤون الغير ، عن علم ، بقصد العمل لحساب ذلك الغير . ويشترط ان يكون العمل بدون نية التبرع ، وان يكون عن علم . فاذا حدث ان شخصاً ادار مصالح شخص آخر عن غير علم ، لاعتقاده انه يدير ملكه الخاص ، فالمسألة تكون حينئذ خاضعة لاحكام الكسب بلا سبب ، لا لاحكام الفضول » [٣] .

والفضولي ، بعمله هذا ، يلتزم ، بمجرد مشيئته وبدون تعاقد مع صاحب الحق ، ان يتمّ العمل الذي بدأ به ، وان يعنى بعمله عناية الرجل المحترز ، او كما قيل عناية الأب الصالح ، وان يتصرف وفاقاً لمشيئة صاحب الحق المعلومة او المقدرة ، وان يقدم الحساب ويرد ما وصل اليه عن طريق ادارته (المواد ١٥٦ — ١٥٨) .

---

(١) راجع بحث الفضول (Negotiorum gestio) ، في كتاب الاحكام ليوستنيانوس (Inst. , 3 , 27) .

(٢) انظر في الفضول (Gestion d'affaires , Geschäftsführüng) المواد ١٣٧٢ ، وما بعدها من القانون المدني الفرنسي ، والمواد ٦٧٧ وما بعدها من القانون المدني الالمـــاني ، والمواد ١٤٨ وما بعدها من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) المـــادة ١٤٩ من قانون الموجبات اللبناني والمـــادتان ٦٨٤ و ٦٨٥ من القانون المدني الالماني .

فاذا اجاز صاحب الحق عمـــل الفضولي ، اعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [١] . اما اذا لم يجز عمله ، وكان هذا العمل مفيداً ومنطبقاً على قواعد حسن الادارة ، فهو ، اي صاحب المال ، ملزم تجاه الفضولي وتجـــاه الغير أن يرفع عن الفضولي تبعة ادارته وان يعوّضه مما خسره او ممـــا أسلفه من النفقات ، وفاقاً لاحكام عقد الوكالة (المواد ١٥٤ و١٦١ — ١٦٤) .

وبعبارة أخرى ، تتفق هذه النظرية والنظرية الثانية التي أوضحناها في الفصل الماضي من ناحية اعتبارهما الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . ولكنهما تختلفان عند عدم الاجازة . فالنظرية الثانيـــة تعتبر تصرف الفضولي باطلاً ، وتعتبره هو متبرعاً في النفقـــات التي أسلفها ، الا في المستثنيات الضرورية التي ذكرناها . والنظرية الثالثة ، التي نحن بصددها ، تعتـبر منفعة رب المال بمنزلة الاجازة . فيبقى الفضولي فيهـا ملزماً بادارة العمل الذي بدأ به بصورة حسنة الى ان يصبح رب المال قادراً على اتمامه بنفسه ، ويكون رب المال ملزماً برفع التبعـــة عن الفضولي والتعويض عليه مما أنفقه على وجه مفيد .

وقد اختلف في تفسير سبب الالتزام في مسألة الفضولي . فعند الرومان ، كان عمله يعد من نوع شبه العقد ، بالنظر للشبه بينه وبين عقد الوكالة [٢] . وبقي هـــذا الرأي متبعاً في بعض القوانين الاوروبية ، التي اشتقت من القانون الروماني ، كما يؤيده عنوان الباب الذي حوى أحكام الفضولي ، في القانون المدني الفرنسي [٣] .

انما هذا التعليل لم يخل من نقـد محق . فعمل الفضولي لا يرتكز على الرضى ، كما في العقد . فلا شبه اذاً بين الاثنين. والحقيقة ، كما هو الرأي السائد اليوم ، ان مصدر الالتزام في الفضول هو مشيئة الفضولي وحدها [٤] .

---

(١) في اللاتينية : Ratihabitio mandato aequiparatur . وهو قول اوليانوس كما ورد في الديجستا (Dig. 26 , 3 ; 12 , 4) .

(٢) راجع الالتزامات الصادرة عن شبه العقد (quasi ex contractu) في كتاب الاحكام ليوستنيـــانوس (في الموضع المذكور) ، وكتاب جيرار (القـــانون الروماني ، ١٩٢٤ ، ص ٦٤١ و٦٥٦) .

(٣) في الباب الاول من القسم الرابع من الكتاب الثالث (livre III, titre IV, chap. I) ، المواد ١٣٧١ وما بعدها .

(٤) راجع كتاب جوسران (القانون المدني ، رقم ١٤٤٨) ، والمادة ١٤٨ (فقرتهـــا الاخيرة) من قانون الموجبات اللبناني .

وقد قدمنا ان الشريعة الانكليزية أخذت بالنظرية الثانية السابقة . فهي ، لما كانت غير متأثرة بالقانون الروماني تأثير باقي الشرائع الاوروبية ، لم تأخذ بنظرية الفضول الرومانية ، الا في بعض مستثنيات نادرة ، كمسألة التخليص والخسائر البحرية [١] .

الشريعة الاسلامية

لقد رأينا ان الرأي الاسلامي السائد في مسألة الفضولي يأخـــذ بالنظرية الثانية ويرفض الالتزام عند عدم الاجازة من طرف صاحب الحق ، إلا في بعض المستثنيات التي تستند الى الضرورة أو الى تعليل الاذن الضمني .

وهذا القول ، باشتراطه الاذن لكل تصرف في مال الغـير ، لا يخلو من فائدة عملية اجتماعية . فهو ، باعتباره الفضولي متبرعاً عند عدم الاجازة ، يقطع المنازعات التي قد تنتج ، ويضع حداً للتدخل في امور الناس من قبـــل الاجانب ، بداعي السعي لمنفعتهم ، او بحجة السهر على مصالحهم .

ولا بد من الاشارة الى أمر ، وهو انه اذا وضعت النظرية الثانية مع مستثنياتها العديدة التي بيّناها ، الى جانب النظرية الثالثة ، رأينا النظريتين قريبتين جداً من الوجهة العملية . والفارق الظاهر الذي يبقى بينهما ، عند عدم الاجازة من طرف صاحب المال ، هو ان الثانية لا تعتبر الا احوال الضرورة والاذن الضمني ، مع ان الثالثة تعد المنفعة قائمة مقام الاجازة بصورة عامة .

وبالرغم من الرأي السائد هذا ، فقد كان من الفقهاء المسلمـين من قال بنظرية تقرب كثيراً من النظرية الثالثة ، ان لم تكن هي بعينها .

فعند الامام مالك ، خلافاً للشافعي وابي حنيفة ، من أدّى عن غيره ديناً بغير اذنه ، لا يعتـبر متبرعاً ، بل له حق الرجوع على المدين بما اداّه عنه [٢] . و كذلك ابن القيم الجوزية ، الفقيه الحنبلي المجدّد ، الذي برهن في غير هذا الموضع ايضا عن نظره الثاقب واجتهاده النّير ، بحث في هذه المسألة ، بدون جمود ولا تقليد ، وتوصل

---

(١) Salvage . راجع البـــاب السادس من كتاب Admiralty Practice ، تأليف Williams and Bruce

(٢) شرح الزيلعي على الكنز (جزء ٤ ص ١٥٥) ، وبداية المجتهد (جـــزء ٢ ص ٢٤٧) ، وتنقيح الحامدية (ج٢ص ٢٦٣) .

الى نتيجة قيمة عادلة ملائمة لروح الشريعة الحقيقية . ونحن نوجزها بتصرف فيما يلي ، نقلا عن كتابه الشهير ، اعلام الموقعين عن رب العالمين [١] ، محافظين ما أمكن على نقل كلماته وعباراته ذاتها ، حتى لا نتهم بالمبالغة او التأويل .

قال ابن القيم : « فيمن أدّى عن غيره واجبا ، انه يرجع عليه به » ، عملا بالكتاب والسنة . ففي الآية الكريمة ، « هل جزاء الاحسان الا الاحسان ؟ » [٢] . فليس من الجزاء الصحيح العادل لمن يحسن الى غيره ويؤدّي عنه دينه « ان يضيع عليه معروفه واحسانه ، وان يكون جزاؤه منه باضاعة ماله ، ومكافأته عليه بالاساءة » .

وفي الكتاب الكريم ايضاً ، « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض » [٣] . فبعبارة ابن القيم ، « من ادّى عن وليّه واجباً ، كان نائبه فيه ، بمنزلة وكيله ، وولي من اقامه الشرع للنظر في مصالحه لضعفه أو لعجزه » .

ثم روى الحديث الشريف ، « من اسدى اليكم معروفا فكافئوه » ، وعلق عليه بقوله « وأي معروف فوق معروف هذا الذي افتكّ اخاه من اسر الدين ؟ واي مكافأة اقبح من اضاعة ماله عليه وذهابه؟ واذا كانت الهدية ، التي هي تبرع محض ، قد شرعت المكافأة عليها ، وهي من أخلاق المؤمنين ، فكيف يشرع جواز ترك المكافآت على ما هو من أعظم المعروف ؟ » .

وقد توسّع ابن القيم الجوزية في ذلك ، وطبّق هذا المبدأ على من « عمل في مال غيره عملا بغير اذنه ... حفظاً لمال المالك واحترازاً له من الضياع » . فان من يعمل ذلك يرجع على المالك باجرة عمله وبما خسره من النفقات . وان له هذا ، ولو بدون وكالة سابقة او اجازة لاحقه . « فليس يقف الاذن فيما يفعله الواحد من هؤلاء وغيرهم على صاحب المال خاصة ، لأن المؤمنين والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، في الشفقة والنصيحة والحفظ ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر » .

واستشهد ابن القيم اخيراً بما نصّ عليه الامام احمد بن حنبل في عدة مواضع . منها انه اذن للاجنبي أن يحصد زرع غيره في غيبته ، على انه يرجع عليه بالاجرة

---

(١) في الجزء الثاني ص ٣٢٤ ـ ٣٢٩ .

(٢) سورة الرحمن (٥٥) ، ٦٠ .

(٣) التوبة (٩) ، ٧١ .

والنفقة . هـذا كما قال ، من احسن الفقه . فانه لو ترك الزرع بلاحصاد ، بسبب مرض المالك أو حبسه أو غيبته ، لهلك وضاع . فاذا علم من يحصده له ان عمله ونفقته يذهبان ضياعاً ، لم يقدم عـلى الحصاد . « وفي ذلك من اضاعة المال والحاق الضرر بالمالك ما تأباه الشريعـــة الكاملة . فكان من اعظم محاسنها أن أذنت للاجنبي في حصاده والرجوع عـــلى مالكه بما أنفق عليه ، حفظا لماله ومال المحسن اليـه . وفي خلاف ذلك اضاعة لمالكيهما ، أو لمال أحدهما » .

ومما ذكر ابن القيم عن امامه أيضا ، أنه لو انكسرت سفينة رجل فوقع منها ماله في البحر ، فخلصه له رجل آخر ، فلهذا الفضولي على صاحبه اجرة مثله . «وهذا أحسن من أن يقال لا أجرة له ، فلا تطيب نفسه بالتعرض للتلف والمشقة الشديدة ، ويذهب عمله باطلا ، او يذهب مال الآخر ضائعاً . وكل منهما فساد محض . والمصلحة في خلافه ظاهرة . والمؤمنون يرون قبيحاً أن يذهب عمل مثل هـذا ضائعاً ومال هذا ضائعاً ، ويرون من أحسن الحسن أن يسلم مال هذا ، وينجح سعي هـــذا ، والله الموفق » .

فاذن ، اذا كان في عمل الفضولي منفعة لصاحب المال ، « بالمحافظة عـــلى ماله وبالاحتراز له من الضياع » ، كان هذا العمل ملزماً للمالك ، ولو لم يجزه ، وموجباً عليه ان يعوض فاعله بما تكبده من المشقة ، او بما دفعه من النفقة . وتعليل ذلك ان الناس يسهر بعضهم على بعض ويتآزرون في المحافظـــة والنصيحة والمعروف . وكما قال ابن القيم ايضاً : « لو علم المتصرف لحفظ مال اخيه ان نفقته تضيع ، وان احسانه يذهب باطلاً في حكم الشرع ، لما أقدم على ذلك ، ولضاعت مصالح الناس ، ورغبوا عن حفظ اموال بعضهم بعضاً ، وتعطلت حقوق كثيرة ، وفسدت اموال عظيمة . ومعلوم أن شريعة من بهرت شريعتـــه العقول ، وفاقت كل شريعة ، واشتملت على كل مصلحة ، وعطلت كل مفسدة ، تأبى ذلك كل الاباء » .

وليس قول ابن القيم خاصاً به ، بل إنما يمثل الرأي المختار عند الحنبليين . وقـد أوضح ذلك ابن رجب بوجه عام ، وبيّن بامثلة عديدة انه يجوز للمرء ان يعمل عملاً فيه قيام بالمصالح العامة او فيه استنقاذ لمـــال معصوم من التهلكة ، وانه يستحق المطالبة بالعوض عن عمله هذا [1] .

---

(١) كتاب القواعد لابن رجب ، القاعدة ٧٤ ص ١٣٥ ـ ١٣٧ .

وعلى الجملة ، فهذا التآخي والتعاون ، الذي اوجبته الشريعة الاسلامية بما فيها من مزاج بين الدين والقضاء وبين العـــدل والاحسان ، هو من ضرورات الحياة الاجتماعية . وهذه الناحية العملية التعاونية نراها ظاهرة هنا مرة أخرى ، كما رأيناها في باب سوء استعمال الحقوق ، وكما نراها في مواضع أخرى عديدة .

فابن القيم الجوزية وغيره ابتدؤا من هذا الاساس نفسه ، وبنوا عليـه وجوب التعويض على الفضولي مما انفقه من التعب والمال في سبيل المحافظة عـلى مال غيره من الضياع . وبهذا توصلوا الى نتيجة قريبة من النظرية الرومانية المتبعة في القوانين العصرية ومنها القانون اللبناني . فاعطوا برهانـــاً ساطعاً جديداً على ان الشريعة الاسلامية قابلة للتطور والتبدل وفق كل زمان ومكان ، بما فيها من القواعـــد الاساسية المتينة ، وبما فيها من روح سامية واسعة .

الباب الخامس

الكسب غير المشروع

الفصل الاول

النظريات المختلفـــة

النظرية العامة

منذ القديم ، لاحظ الفقهاء ان بعض التصرفات والاعمال تنتج ضرراً لشخص ، وتحدث كسباً لصالح شخص آخر ، دون ان يكون لهـذا الكسب وذاك الضرر سبب من الاسباب المشروعة .

وأهم هذه الاعمال دفع ما لا يجب . مثلاً ، لو ظنّ أحـــد انه مدين لآخر ، فدفع له خطأ مبلغاً من المال ، فهذا الدفع أضر بالدافع واكسب المدفوع له كسباً لا يبرره سبب من أسباب الكسب والتملك . فبـديهي ان يكون للدافع حق استرداد ما دفع ، وان يكون المدفوع له ملزماً باعادة ما قبض .

ولكن ما هو سبب الالتزام فيما ذكرنا ؟ أهو العقــد أم الجرم ؟ أي هل هو الاتفاق لانشاء الرابطة الالزامية ، أم هو العمل المضرّ المحرم ؟ لا هذا ولا ذاك . فهذا الالتزام لم يكن مصدره العقد ، لان العقـد ركنه الرضى ، والخطأ هنا مانع له . ولم يكن مصدره الجرم ، لان الجرم يفترض التعدي او العمل غير المشروع ، والمدفوع له لم يقترف شيئاً منه .

وفي تفسير ذلك ، قال الرومان ان واجب رد ما دفع خطأ مبني على شبه

العقد. ووجه الشبه فيه ان الدفع الخطأ يشبه القرض [١]. فالمدفوع له خطأ مجبر على رد ما قبض كما يجبر المستدين على رد ما استدان.

ولكن عبارة «شبه العقد»، وان تكن مستعملة في بعض القوانين الاجنبية إلى اليوم، إلا أنها كانت موضع نقد حتى من الرومان أنفسهم. فكما قال يوستنيانوس، ان من يدفع لا يقصد التعاقد، بل يقصد بالأحرى الانعتاق من العقد، أي الدفع لاسقاط الموجب الموهوم [٢].

والحقيقة ان مصدر الالتزام هنا هو الكسب غير المشروع، أو الاثراء بلا سبب، بحد ذاته. وهذا المصدر لم يكن عاماً في البدء كغيره من المصادر، بل كانت احواله محصورة معينة.

فعند الرومان كانت هذه الاحوال عديدة، وكان للمتضرر فيها حق المطالبة بدعاوى معينة، كدعوى استرداد المدفوع خطأ، ودعوى انتفاء السبب، ودعوى الاثراء، وغيرها [٣]. وعلى الرغم من كثرة هذه الاحوال والدعاوى، فان القانون الروماني لم يتوصل إلى وضع مبدأ الالتزام في الاثراء بلا سبب كقاعدة عامة شاملة [٤]. انما لم يغفل بعض الفقهاء الرومانيين عن اثبات هذا المبدأ على أساس طبيعي كلي. فقد قال بومبونيوس، من فقهاء القرن الثاني للميلاد، هذه الحقيقة الحقة: – «ان من قوانين الطبيعة والانصاف ان لا يجني احد بدون حق كسباً يضر بالغير» [٥].

ومثله في فرنسا، نصّ القانون المدني على أمثلة عديدة من الالتزام بسبب الكسب غير المشروع، دون ان يضع هذا الالتزام كمبدأ عام. وعلى الرغم من ذلك فالنظرية العامة في هذا الباب موجودة عندهم، يسندها العرف القديم،

---

(١) لذا سمى بعض الشراح الدفع الخطأ شبه القرض (Mutuum et Promutuum).

(٢) Nam qui solvendae animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat. Inst. 3, 27, 6.

(٣) Condictio sine causa, condictio indebiti, actio de in rem verso

(٤) راجع هذه الدعاوى وشروطها وتطورها التاريخي في كتاب القانون الروماني لجيرار، ص ٦٤٢ — ٦٥٦.

(٥) Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. Dig., de regulis juris, 17,206.

ويؤيدها اجتهاد القضاء ورأي رجال القانون [١] .

اما القوانين الحديثة ، فانها أقرت المبدأ بوجه عام في نص صريح . مثاله ، جاء في القانون المدني الالماني : « من يحرز شيئاً على حساب الغير ، سواء باداء من هـذا الغير أو بطريقة اخرى ، بدون سبب شرعي ، ملزم برده اليه [٢] » (المادة ٨١٢).

وشبيه بما ذكرنا نص قانون الموجبات السويسري ، المعمول به في تركيا ، (المادة ٦٢) .

وأخيراً ، من الطبيعي ان نجد هذه النظرية العامة في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وهو كما نعلم ، مبني على أحدث الآراء الحقوقية . فهذا القانون وضع المبدأ العام في فصل أول ، ثم اتبعه ببحث مسأله « ايفاء ما لا يجب » في فصل ثان . ولا بأس من ان نأتي بكلمة سريعة عن ذلك .

قال القانون اللبناني : « من يجتني بلا سبب مشروع كسباً يضر بالغير يلزمه الرد » (المادة ١٤٠). واشترط لتحقق الالتزام على هذا الوجه شروطاً هي: ان يحرز شخص كسباً ، سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ، مادياً ام ادبياً ، وان تقابل هذا الكسب خسارة من جانب المكتسب منـــه ، وان لا يبرر ذلك سبب مشروع ، وان لا يكون للمكتسب منه ، كي ينال مطلوبه ، سوى حق المداعاة المبني على حصول الكسب (المادة ١٤١) .

واثر هذا الالتزام ان الكاسب يلزم بالرد بقـدر ما اكتسب يوم الادعاء . ولا يلزم باكثر من هذا القدر الا اذا كان سيء النية ، او اذا نص القانون على خلاف ذلك (المادة ١٤٢) .

وجاء القانون اللبناني بعدئذ على بحث « ايفاء ما لا يجب » . فقال : « من يظن انه مدبون ، فيوفي ما ليس في ذمته ، على اثر خطأ قانوني او فعلي ، يحق له ان يطالب الكاسب بالرد » (المادة ١٤٣) . ثم بين الحالات التي يجوز فيها الاسترداد والتي لايجوز (المادتان ١٤٤ — ١٤٥) . وصرح في الختام « ان القواعد الموضوعة للكسب غير المشروع ، على وجه عام ، تسري احكامها على ايفاء ما لا يجب » (المادة ١٤٦) .

---

(١) كولان وكابيتان ، القانون المدني الفرنسي (سنة ١٩٢٤ ، ج ٢ ص ٤١٧) .

(٢) W er dùrch die leistùng eines Anderen oder in sonstiger Weise aûf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grûnd erlangt, ist ihm zûr Heraûsgabe verpflichtet.

القانون الانكليزي والنظرية المحدودة

بوجه عام تعتبر الشريعتان الانكليزية والاميركية واحدة ، بسبب تشابه اصولها ومبادئها العامة . وعلى الرغم من ذلك ، فقد اختلفتا في امور قليلة ، منها في الباب الذي نحن بصدده . فالاجتهاد القضائي في الولايات المتحدة الاميركية يميل الى النظرية العامة للكسب غير المشروع التي قدمنا بيانها . أما الاجتهاد الانكليزي ، فانه لم يأخذ بها ، بل اتبع نظرية محدودة مبنية على شبه العقد أو على العقد الضمني [١] . ومنح حق المداعاة في حالات خاصة معينة .

مثاله لو دفع احد مالاً لآخر خطأ ، اولسبب معين لم يتحقق ، أو تحت تأثير الخداع أو الاكراه ، ففي جميع هذه الامثلة يجب على الكاسب رد ما قبضه إلى المكتسب منه [٢] .

وكذلك ، لو تعهد أحد لآخر أن يقوم بعمل أو أن يقدم شيئاً ، فابتدأ بتنفيذ تعهده ، ثم نكل عن اتمامه ، او لو أتم تنفيذه ولكن على وجه يختلف عن الوجه المشروط في العقد ، فانه لا يحق له المطالبة بالعوض المتفق عليه لقاء تعهده ، بسبب عدم التنفيذ حسب الاتفاق . ولكن الاجتهاد القضائي توسع في الامر ، وأعطى المنفذ في مثل هذه الحال حق طلب تعويض المثل [٣] ، أي طلب التعويض الذي يستحقه العمل أو الشيء الذي قدم على تلك الصورة .

انما يشترط في هذه الاحوال وما اليها ان تكون ظروف القضية ووقائعها كافية للاستنتاج بان في الامر عقداً جديداً ضمنياً بين الفريقين ، ليكون أساساً للالتزام الناشيء . وفيما عدا ذلك ، أي اذا كانت ظروف القضية لا تسمح بافتراض العقد الضمني ، فانه لا تحق المطالبة بشيء على الاطلاق [٤] .

وقد بقيت نظرية العقد الضمني وشبه العقد رغم ما فيها من جمود وتضييق ،

---

(١) Quasi — contract or implied cantract

(٢) انظر الحكم الصادر في قضية (Kelly v, Solari [1840] 9 . M & W 54) ، وكتاب آنسون ، قانون العقد ، صفحة ٤٤٦ .

(٣) Quantum Meruit .

(٤) راجع الحكم الصادر في قضية (Sumpter V. Hedges [1898] IQ.B 673) ، وفي قضية (Craven Elliz V. Canons Ltd. [1936] 2K B. 403) ، وكتاب آنسون (صفحة ٣٨٣ — ٣٨٧) .

أساس الالتزام في هذا الباب الى يومنا الحاضر ، وذلك حتى في الاحوال التي لا أثر فيها للعقد او لشبهه . وهو تفسير لا تبرره الا أسباب تاريخية تتعلق باصول المحاكمة الانكليزية القديمة .

فاذن لا غرو من ان نرى بعض علمـــاء القانون الانكليز ، قديماً كاللورد مانسفيلد [١] ، وحديثاً كونفيلد وفريدمان [٢] ، يسعون للتخلص من نظرية العقـد الضمني الضيقة ، ويطالبون بان تستبدل بها النظرية العامة للكسب غير المشروع [٣] .
ولكن سعيهم لم يجد النجاح الذي يستحقه . بل على العكس لقي ، من القضاء ومن رجال القانون معاً ، معارضة ترمي الى المحافظة على النظرية التقليدية [٤] .

---

(١) Lord Mansfield

(٢) P. H. Winfield, W. Friedmann

(٣) راجع مجلة القانون الفصليـــة Law Quarterly Review ، لسنة ١٩٣٧ ، ص ٤٤٧ — ٤٥٣ .

(٤) ذات المجلة ، لسنة ١٩٣٩ ، ص ٣٧ — ٥٣ و١٦١ — ١٦٣ .

الفصل الثاني

الشريعة الاسلامية

مبدأ منع اخذ مال الغير

إذا كان لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره بلا اذن او ولاية ، فمن باب اولى ان لا يجوز اخذ مال الغير بلا سبب شرعي . وتستند هـذه القاعدة الاساسية الى ادلة مقدسة صريحة .

ففي الكتاب الكريم النهي القاطع : « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » [1] . وفي الحديث الشريف الصحيح : « لا يأخذنَّ احدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً ، وان اخذ عصا صاحبه فليردها عليه » [2] . وفيه : « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » [3] .

فعلى هـذه الادلة بنيت القاعـدة الكلية المذكورة في المجامع [4] وفي مجلة الاحكام العدلية انه « لا يجوز لاحد ان يأخـذ مال احد بلا سبب شرعي » (المادة ٩٧) . واسباب التملك تختلف باختلاف القوانين والمذاهب . ففي المجلة: « اسباب التملك ثلاثة . الاول الناقل من مالك الى مالك آخر ، كالبيع والهبة . الثاني كون واحد خلفاً لآخر ، كالارث . الثالث احراز شيء مباح لا مالك له . وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء ما ، واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة لاجل الصيد » (المادة ١٢٤٨) . مثاله لو اشترى احد شيئاً ، حق له اخـذه بسبب الشراء . وكذلك لو مات رجل وترك مالا ، فورثته يأخذونه

---

(١) سورة النساء (٤) ٢٩ .

(٢) رواه السيوطي عن احمد وابي داود والترمذي والحاكم (الفتح الكبير ، ج ٣ ص ٣٥٠) .

(٣) رواه السيوطي عن احمد واصحاب السنن والحاكم (الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٥٤٥٥) .

(٤) راجعه مع شرحه منافع الدقائق ، ص ٣٢٩ .

بسبب الميراث . وقس على هـذا باقي اسباب التملك . ونحن على كل لا نتعرض لتفصيلها الان .

فاذن لا بد من سبب شرعي لأخذ مال الغير . ومتى كان اخذه بلا سبب لزم الآخذ رده ، سواء أكان هـذا الاخذ بقصد السرقة ، اي تستراً من غير ائتمان سابق ، ام بقصد الغصب ، أي اثبات اليد بغير حق [1] ، ام بقصـد الهزل ، ام بنتيجة اعتقاد مخطيء بان الشيء المأخوذ هو ملك الآخذ .

فالأخذ سرقة او غصباً هو من الاعمال غير المباحـة . وسيأتي بحثه مع سائر الجرائم المدنية والتصرفات الفعليـة في باب لاحق . انما ينحصر البحث ههنا في الكسب غير المشروع ، بالمعنى الذي يفترض عدم وجود وسيلة اخرى للمـداعاة ضد الكاسب .

فالقاعدة التي قدمنا أوسع ، كما ترى ، من النظرية العامة للكسب غير المشروع لانها تشمل جميع انواع الأخذ بلا سبب. فهل تقوم هذه القاعدة مقام تلك النظرية ؟ هـذا سؤال دقيق . ونحن نرى قبل الجواب عنه ان نوجز أولا بيان الاحوال التي يحصل فيها هذا الكسب غالباً ، على ان نبحث بعد ذلك في المبدأ العام الذي يجمعها وفي السؤال الذي نحن بصدده .

ولا بد من الملاحظـة ان معظم الامثلة ، التي سنأتي على ذكرها ، مأخوذة من المجلة ومن المذهب الحنفي . وهذه الامثلة ، وان كانت احياناً تختلف في حكمها في مذاهب أخرى ، الا انها كافية لنيل الغاية المقصودة منها ، وهي الاستشهاد المحض والايضاح للمبدأ الذي تنطوي عليه .

دفع ما لا يجب

الدفع في الاصل يكون اداءً لواجب شرعي صحيح . فعليـه كان الدفع لغير هذا الواجب موجباً على المدفوع اليه ان يرد ما قبضه ، لانه أخـذ مال الغير بلا سبب شرعي . هذا معنى القاعـدة الكلية المذكورة في المجامع ان « دفع المرء ما ليس بواجب عليه يسترد » [2] .

---

(١) هذا في التعريف الحنفي . سيأتي بحث الغصب في الفصل الرابع من البـاب الاول من القسم الثاني .

(٢) المنافع في شرح المجامع ، ص ٣٢٠ .

ويكون دفع ما لا يجب أما بنتيجة خطأ ، وأما لغرض لم يتحقق ، أو لغرض غير صحيح . واليك أمثلة عن كل ذلك :

أولاً — الدفع خطأ : من قواعد المجلة المأخوذة عن كتاب الاشباه والنظائر القاعدة الكلية : « لا عبرة بالظن البين خطأه » (المادة ٧٢) .

فلو ظنّ أحد أن عليه دَيْناً فأدّاه ، ثم بان خلافه ، أي تبين انه غير مديون ، فله استرداد ما دفع . ومثله لو أدّى المدين الدين الى الدائن ، ثم أدّاه كفيله مرّة اخرى ، دون ان يعلم بالاداء الاول ، كان للكفيل حق الرجوع على الدائن واسترداد ما دفعه خطأ بدون موجب .

وكذلك ، لو ادعى أحد داراً في يد رجل آخر ، فصالحه هذا على بدل من المال وسلّمه اليه ، ثم برهن المدعى عليه انه كان اشترى الدار من المدعي قبل الصلح ، بطل هذا الصلح ووجب على المدعي ردّ البدل [١] .

وقس على هذه الامثلة غيرها من نوعها . وتعليلها جميعاً انه لا عبرة بما دفع خطأ وان للدافع ان يسترد ما دفعه على هذا الوجه ، لانه دفع بلا سبب شرعي .

ومن الطبيعي ان يشترط للاسترداد وجود الخطأ ، لان دفع ما لا يجب قصداً يكون اما فضولا عن الغير ، وحكمه مرّ في باب الفضولي ، واما تبرعاً فلا موجب فيه للاسترداد ، لان التبرع من أسباب التملك ، ولا رجوع عنه بعد القبض بعد توافر شروطه في المذهب الحنفي ، وحتى قبل القبض ايضاً في مذاهب أخرى كما سنرى في حينه . وهذا يوضحه ما جاء في شرح الوهبانية لابن شحنه « ان من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده ، الا اذا دفعه على وجه الهبة » [٢] .

ثانياً — الدفع بلا غرض صحيح : لا يكفي للدفع الصحيح ان يكون له سبب او غرض ، بل يجب ان يكون هذا الغرض شرعياً صحيحاً . فاذا دفع أحد مالا لغرض غير صحيح ، كما في دفع الرشوة ، فان له حق استرداد ما دفع ، عملاً بالقاعدة التي ذكرنا « دفع ما ليس بواجب عليه يسترد » [٣] .

ثالثاً — الدفع لغرض لم يتحقق : جاء في المجامع ، ان الدفع اذا كان لغرض لا

(١) راجع الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٦) ، ولابن نجيم (ص ٦٣) ، والبزازية (ج ٣ ص ٣٢ بهامش الهندية) ، وشرح علي حيدر على المادة ٧٢ من المجلة .

(٢) شرح الحموي على الاشباه ، ج ١ ص ١٩٤ .

(٣) المجامع وشرحه المنافع في الموضع المذكور .

يجوز استرداده ما دام هذا الغرض باقياً [١]. انما اذا لم يتحقق الغرض أو السبب المقصود ، أو اذا زال بعد تحققه ، فعندئذ يحق لمن دفع أن يسترجع ما دفعه كله في الحالة الاولى ، أو جزءاً منه في الحالة الثانية .

مثاله ، قالت المجلة في عقد الاجارَة : « تلزم الاجرة بالتعجيل . يعني لو سلم المستأجر الاجرة نقداً ، ملكها الآجر ، وليس للمستأجر استردادها »(المادة ٤٦٧). وتعليله أن الدفع كان لغرض موجود. ولكن اذا فسخت الاجارة لعذر مانع ، كما لو استؤجر طباخ للعرس ومات أحد الزوجين، أو لو استؤجرت مرضع لطفل وتوفي الطفل قبل انتهاء مدة الاجارة (المادة ٤٤٣) ، أو اذا كانت الاجارة فاسدة عند الحنفيين ، فللمستأجر استرداد ما دفعه بسبب فوات الغرض المقصود ، او استرداد ما زاد من الاجرة عن المدة السابقة للفسخ بسبب زوال هذا الغرض . وللمستأجر أيضاً في الاجارة الفاسدة أن يحبس الشيء المأجور في يده حتى يستوفي الاجرة التي عجلها للآجر [٢].

وما ذكرنا يشمل جميع أحوال البطلان والفسخ في العقود بصورة عامة . ففي كل مرة يكون العقد فيها باطلا او مفسوخاً ، جاز لكل من العاقدين ان يسترد ما دفعه أو ما اكتسبه الآخر منه ، وذلك بشروط معينة تختلف باختلاف الاحوال والمذاهب [٣]. وأهم هذه الاحوال إبطال عقود القاصر أو المحجور عليه بسبب عدم اهليته للتعاقد . مثاله ، اذا كان الصبي محجوراً عليه ، فانه لا يصح اقراضه ولا استقراضه ، لما في ذلك من الضرر المحض في حقه . فان أقرضه الانسان شيئاً ، فما دام عين الشيء باقياً كان لصاحب المال أن يسترده [٤]. و كذلك اذا رفض الولي اجازة بيع الصبي الصغير في المذاهب التي اعتبرت عقد الصبي موقوفاً على هذه الاجازة ، فليس للمشتري استرداد الثمن الا أن يكون الصبي قد أنفق ذلك في مصالحه التي لا بد منها ، فحينئذ يُلزم الولي رد الثمن [٥].

---

(١) المنافع في الموضع المذكور .

(٢) البزازية (ج ٢ ص ١٨–١٩ بهامش الهندية) ، وشرح علي حيدر تحت المادة ٤٦٧ من المجلة .

(٣) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١٥٨–١٥٩ .

(٤) جامع احكام الصغار (بهامش الفصولين) ، ج ١ ص ١٦٥ .

(٥) القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ٣٢٠ .

والحكم في استرداد دفع مـا لا يجب ، سواء أكان الدفع خطأ ام لغرض محرم أم لغرض لم يتحقق ، هذا الحكم موافق لمـا ذكرنا في القوانين الاجنبية ، وشبيه خاصة بدعاوى انتفاء السبب [١] عند الرومان ، كدعوى استرداد المدفوع خطـأ ، ودعوى السبب غير المتحقق او غير الصحيح [٢] .

تعويض المثل

العوض نوعان : مسمّى ومقدّر . فالاول هو العوض المتفق عليـه في العقد . والثاني ، او تعويض المثل ، هو التعويض المتعارف لمثل العمل او الشيء الذي قدمه المدعي طالب التعويض . ويكون هذا عادة عند عدم وجود العقد ، او عند زواله او فساده ، أو عند عدم تسمية البدل فيه .

مثاله في الاجارة ، كما جاء في المجلة ، « الاجر المسمى هو الأجرة التي ذكرت وتعينت حين العقد . واجر المثل هو الاجرة التي قدّرها اهـل الخبرة السالمين عن الغرض » (المـــادتان ٤١٥ و ٤١٤) . واذا كان الاجر متفاوتاً واختلف فيه المقومون ، وجب اعتماد الاجر الوسط [٣] .

ولقد قدمنا ان الشريعة الانكليزية منعت ممن التزم شيئاً ونفذه ناقصاً أو على وجه مخالف لالتزامه حق المطالبة بالعوض المسمى في العقد . انما اعطته حق طلب تعويض المثل ، اذا كان يمكن الاستدلال من ظروف الحال على وجود عقد مؤول ضمني ، ورفضت كل تعويض فيما عدا ذلك .

وفي الشريعة الاسلامية امثلة شبيهة عن تعويض المثل ، ولكنها لا تستند حتماً الى تعليل العقد الضمني . واليك بعض الامثلة منها ، نقلاً عن المجلة وعن غيرها من الكتب الحنفية ، مرتبة بالتدريج حسب علاقتها بالعقد أو شبهها به . وعلى هـــذا النحو ، امكن تقسيمها الى فئات هي : العقد الضمني ، تمديد العقد السابق ، مخالفة العقد ، العقود الفاسدة .

(١) Condictiones sine causa

(٢) Condictio indebiti , condictio causa data causa non secuta , condictiones ob turpem vel injustam causa .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٤٧ .

(٧)

العقد الضمني وما شبه به

في باب الاجارة من المجلة أمثلة عديدة عن العقود الضمنية التي تلزم فيها اجرة المثل . وهاك أهمها [١] :

اولاً — لو ركب احد في باخرة المسافرين او زوارق المواني او دواب الكراء من دون مقاولة ، ولم تكن الاجرة معلومة ، لزم على المستأجر اجر المثل ، (المادة ٤٣٧) .

ثانياً — تلزم اجرة المثل ايضاً لمن خدم آخر بناء على طلبه او صنع له شيئاً بدون عقد ، اذا كان العامل ممن يخدم بالاجرة او كان الصانع معروفاً بتلك الصنعة (المادة ٥٦٣) .

ثالثاً — من اعطى ولده لاستاذ ليعلمه صنعة ، من دون ان يشترط احدهما للاخر اجرة ، فبعد تعلم الصبي ، لو طالب احدهما الآخر باجرة ، يعمل بعرف البلدة وعادتها » (المادة ٥٦٩) . فاذا كان العرف يشهد للاستاذ ، حكم له باجر مثل عمله . واذا كان يشهد للصبي ، فلهذا اجر المثل على الاستاذ .

ففي جميع هذه الامثلة وما اشبهها ، وان كان لا يوجد عقد صريح واتفاق معين على الاجرة ، الا انه يوجد عقد ضمني حقيقي ، مبني على الايجاب والقبول بالدلالة سواء بالتعاطي الفعلي ام بالرجوع الى العرف والعادة . لذلك كان ايجاب تعويض المثل فيها مبنياً على العقد المؤول ، لا على سبب آخر من اسباب الالتزام .

انما لا بد من التسليم بان هذا العقد الضمني جاء ضعيفاً او ناقصاً ، فلا بأس من تدعيمه وتقويته بان ينظر اليه من ناحية جديدة ، هي ناحية الكسب غير المشروع .

وعلى كلٍ ، فنحن قد ذكرناه في هذا المعرض ، على سبيل المقارنة والمقابلة مع احوال اخرى شبيهة ، ليس فيها مبرر لتأويل العقد الحقيقي . ومن امثلة هذه الاحوال ما يأتي :

اولا — اذا تعين أحد ناظراً على الوقف ولم يشترط الواقف له اجرة ، فان له

---

(١) راجع فيها ، عدا مواد المجلة التي سنذكرها ، الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٦ — ١٤٧) ، وشرحه غمز عيون البصائر للحموي (ج ٢ ص ٢٢٠ — ٢٢١) ، واعلام الموقعين (ج ٢ ص ٣٢٤) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٥١ ص ٣٢٣) .

تعويضاً بعدل الاجرة لمثل عمله [١] .

ثانياً في المجلة ، من يستعمل مالا لغيره معـدّاً للاستغلال ، يلزمه دفع اجرة المثل لصاحب المال (المادة ٤٧٢) .

فهذان المثلان ، وان كانا شبيهين باحوال العقد الضمني الذي ذكرنا ، الا انه لا يمكن فيهما تأويل العقد الحقيقي . فاذا صار تعليلهما بمبدأ الكسب غير المشروع ، كان هذا التعليل صحيحاً وقانونياً .

تمديد العقد السابق او مخالفته

في بعض الاحيان ينتهي العقد ، ولكن رغم انتهائه يتمسك أحد الطرفين به بسبب الاضطرار ، ويتابع الانتفاع بآثاره . فبمثل هذه الحال ، يحق للطرف الآخر أن يطالب بتعويض المثل بدلا من هذا الانتفاع . وتكون النتيجة تمديد بعض آثار العقد السابق ، كما لو كان هذا العقد باقياً .

إنما هذا التمديد ليس الا من باب التشبيه ، لأنه يكون في الحقيقة على قـدر الاضطرار فقط ، ولأن البدل الذي يحكم باعطائه على سبيل المعارضة ليس البـدل المسمى في العقد ، بفرض وجوده ، بل هو بدل المثل . ونحن نرى أن ايجاب دفعه لا يرتكز على العقد لعدم التجديد التام ، بل انه يفسر بمبدأ الكسب غير المشروع .

ويوضح هذا بعض الامثلة . ففي مجلة الاحكام العدلية ، لو استأجر احد زورقاً لمدة معينة ، وانقضت المدة في أثناء الطريق فالاجارة تمتد حتى يصـل المستأجر الى الساحل . ولكن يلزم المستأجر دفع تعويض عن الانتفاع بالزورق خلال المـدة الباقية . وهذا التعويض لا يكون حتما البـدل المسمى ، بل يكون معادلا لأجر المثل (المادة ٤٨٠) .

ومثله ، لو استأجر احد أرضاً وزرعها ، وانقضت مدة الاجارة قبـل ادراك الزرع ، فللمستأجر أن يبقي الزرع في الارض الى ادراكه ، ويعطي صـاحب الارض اجر المثل عن المدة الزائدة (المادة ٥٢٦) . ويكون ذلك حتى ولو أبى المؤجر وأصر على قلع الزرع .

(١) الفتاوى الهندية (ج ٢ ص ٤٢١) ، والخيرية (ج ١ ص ١٣٠ و١٤٤ و ١٧٠) ، وتنقيح الحامدية (ج ١ ص ٢٤١) .

والحكم كذلك في المستعير الذي يزرع الارض . فاذا بقي الزرع بعد نهاية الاعارة ، فللمستعير ان يستحصده عند ادراكه باجر المثل . فهنا وجب الاجر على المستعير بالرغم من ان الاصل في الاعارة ان « المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل ... » (المادة ٨١٢) .

وهذا الحكم في المستأجر والمستعير قال به الحنفيون من باب الاستحسان ، خلافاً للقياس الذي يقضي بقلع الزرع عند نهاية مدة العقد . ووجه الاستحسان هو دفع الضرر عن الزارع ، لا سيما وان الزرع له نهاية معلومة .

وطبيعي ان هذا الحق لم يعطَ للغاصب الذي زرع الارض ، لان فعله لا يستند الى عقد سابق بل وقع ظلماً فيجب اعدامه لا تقريره [1] .

فواضح مما قدمنا ان المثابرة على تمديد الانتفاع من العقد بعد زواله هي مخالفة العقد من ناحية مدته المشروطة . ولكنه توجد أحوال غيرها تكون المخالفة فيها من ناحية موضوع العقد . مثاله قال النسفي في الكنز ، لو أمر أحد خياطاً ان يخيط ثوبه قميصاً ، فخاطه قباء [2] ، فلصاحب الثوب إما تضمين الخياط قيمة القميص واما أخذ القباء ودفع اجر المثل للخياط . فاجر المثل تعويض لم يكن سببه العقد ، بل اقتضاه الاستحسان والانصاف .

العقود الفاسدة

في المذهب الحنفي بوجه خاص ، كما سنرى ، فئة من العقود ، لا تعد صحيحة ولا باطلة ، بل هي وسط بين القسمين وتسمى العقود الفاسدة . وهي بصورة عامة العقود المشروعة اصلاً لا وصفاً ، بمعنى انها صحيحة باعتبار ذاتها ، وفاسدة باعتبار بعض اوصافها الخارجة (المادة ١٠٩) .

ومن أهم اسباب الفساد في العقود صفة الجهالة في المعقود عليه . فمن العقود الفاسدة مثلا ، البيع الواقع على شيء غير معلوم او البيع بدون تسمية الثمن ، او الاجارة التي لم تتعين فيها المنفعة او الاجرة بوجه مانع المنازعة ، او اجارة مال اليتيم

---

(١) الزيلعي على الكنز ، ج ٥ ص ١١٤ — ١١٥ .

(٢) فسره الزيلعي في شرح الكنز (ج ٥ ص ١٢٠) بانه القرطق ، وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص .

باقل من اجر المثل [١] .

وهـذه العقود بعضها ينقلب صحيحاً بالقبض ، كما في البيع والقرض [٢] . ففيهما اذا قبض المشتري المبيع او اذا قبض المستقرض الشيء موضوع القرض ، صح العقد . وبعض هـــذه العقود الفاسدة يصبح بالقبض قريباً من الصحيح في اكثر احكامه ، كما في الرهن [٣] . ولكن البعض الآخر لا يمكن ان ينقلب كذلك ، كما في الاجارة والشركة وما شابه . فما هو الحكم فيها اذاً ؟ الجواب انه لا ينظر فيها الى المعاوضة المشروطة اي البدل المسمّى ، بفرض وجوده في العقـــد ، بل ينظر الى تعويض المثل ، بشرط ان لا يزيد على البدل المسمى .

ففي الشركة مثلا ، اذا كانت صحيحة يراعى شرط التفاضل في تقسيم الارباح . ولكن « يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار رأس المال . فلو شرط لاحد الشريكين زيادة ، فـلا عبرة للشرط » (المادتان ١٣٦٧ و ١٣٦٨) . و كذلك اذا فسدت المساقاة والمزارعة والمضاربة ، كان للعامل أجر مثله [٤] .

وفي الاجارة الفاسدة ، لا يجب دفع الاجر بمجرد القدرة على الانتفاع ، بل يلزم الاجر فقط بالانتفـــاع الحقيقي . والاجر اللازم ليس البدل المسمّى في العقد ، بفرض وجود التسمية ، بل هو بدل المثل بشرط ان لا يجاوز الاجر المسمى . مثاله ، « لو استأجر استاذ لتعليم علم او صَنعة ، فان ذكرت مدة انعقدت الاجارة عـــلى المدة ، حتى ان الاستاذ يستحق الاجرة بكونه حاضراً ومهيئاً للتعليم ، قرأ التلميذ او لم يقرأ . وان لم تذكر مدة انعقدت اجارة فاسدة ، وعلى هذه الصورة ، ان قرأ التلميذ فالاستاذ يستحق الاجرة ، والا فـــلا » (المادة ٥٦٨) . ويقصد هنا بالاجرة اجر المثل ، بشرط ان لا يزيد على المسمّى في العقد .

ومن الاجارات الفاسدة تأجير عقار الوقف او اليتيم باقل من اجرة المثـــل . ففي هذه الحال يلزم المستأجر دفع اجرة المثل الحقيقية (المادة ٤٤١) .

وان هذه الامثلة التي ذكرناها مأخوذة عن المجلة و كتب الحنفية . ولكن المبدأ الذي تنطوي عليه لا يقتصر على المذهب الحنفي فحسب ، بل انما قـــال به أيضاً

(١) المواد ٢١٣ و ٢٣٧ و ٤٤١ و ٤٥٠ وما بعدها من المجلة .
(٢) المادة ٣٦٦ من المجلة ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٧٦) .
(٣) الدر المختار (ج ٢ ص ٦٨٢) ، ورد المحتار (ج ٥ ص ٤٦٥) .
(٤) الاشباه لابن نجيم ، ص ١٤٧ .

غيرهم من فقهاء المذاهب الاخرى ، مع تفصيل لا فائدة من بيانه في هذا المعرض[١] .

ولا بدّ من الاشارة الى ان اسباب الفساد المبنية على الجهالة في المذهب الحنفي وفي المجلة قد عدلتها المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، كما سيأتي في باب العقود .

وعلى الجملة ، نحن نرى في العقود الفاسدة هذه ، كما رأينا في الامثلة السابقة عن العقد الضمني أو الحالات المشبهة به وعن تمديد العقد أو مخالفته ، أن المبدأ الذي يشملها جميعاً واحد . وهو يرمي اعطاء من ليس له تعويض بمقتضى العقد ، بسبب فساده أو زواله أو عدم اكتماله تعويضاً عادلا . وهذا التعويض العادل هو تعويض المثل الذي يستحقه مثل العمل أو الشيء الذي قدمه طالب التعويض نحو الكاسب . وهو تعويض لا يبرره عقد ، ولا مصدر آخر للالتزام ، كما سنرى ، سوى مبدأ الكسب غير المشروع .

الانضمام

من أسباب التملك المعروفة الانضمام الناشيء عن اتصال شيئين لمالكين مختلفين او اختلاطهما بصورة لا يمكن معها تمييزهما وفصلهما ، او لا يمكن ذلك بدون ضرر كبير ، كما نرى في البناء والغرس في أرض الغير ، أو ما الى ذلك . وتفسير الانضمام يرتكز بصورة عامة على القاعدة الاساسية ان التابع تابع ، او ان الفرع يتبع الأصل .

وتفصيل هذا ، من ناحية التغيير الحاصل في ملكية الاشياء المنضمة او المختلطة ، يعود الى بحث اسباب التملك ، ومن ثم يخرج عن موضوعنا الحاضر . ولكن من يكتسب ملك غيره بالانضمام على هذا الوجه يتوجب عليه احياناً تعويض الخاسر تعويضاً يختلف باختلاف الاحوال والمذاهب . ونحن نوضح فيما يلي بعضاً من هذه الاحوال على سبيل المثل :

اولاً — في مجلة الاحكام العدلية ، « لو خرج ملك احد من يده بلا قصد ، مثلاً لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته ، يتبع الاقلّ في القيمة

(١) انظر امثلة شبيهة في المذهب الحنبلي ، في كتاب القواعد لابن رجب (القاعدة ٤٧ ص ٦٧ — ٦٩ والقاعدة ٧٩ ص ١٠٣) .

الاكثر . يعني ان صاحب الارض التي قيمتها اكثر يضمن لصاحب الافـــل قيمة ارضه ويتملكها . مثلاً لو كانت قيمة الروضة العليـــا قبل انهدامها خمسمائة وقيمة السفلى الفاً ، يضمن صاحب الثانية لصاحب الاولى قيمتها ويتملكها . كما اذا سقط من يد احد لؤلؤ قيمته خمسون ، والتقطته دجاجة قيمتها خمسة ، فصاحب اللؤلؤ يعطي الخمسة ويأخذ الدجاجة » (المادة ٩٠٢) .

وبمعناه جاء في الفتاوى الهندية انه اذا ابتلع البعير لؤلؤة وكانت قيمتها اكثر من قيمته ، فلصاحب اللؤلؤة ان يأخـذ البعير بقيمته . واذا كان ثمن اللؤلؤة شيئاً يسيراً ، فلا شيء على صاحب البعير [١] .

ثانياً – الصبغ . لو غصب احد شيئاً وغيّر بعض اوصافه بزيادة شيء عليه من ماله ، كما لو غصب ثوباً وصبغه ، فالحكم يختلف باختلاف المذاهب .

ففي المذهبين الشافعي والحنبلي ، يعتبر الغاصب والمغصوب منه شريكين بنسبة قيمة كل من الشيئين . وإنْ بيع الثوب المصبوغ ، فثمنه يقسم بين المالكين بذات النسبة . هذا اذا بقيت قيمة الشيئين دون تغيير . ولكن اذا زادت قيمتهما فالزيادة لصاحب الشيء الذي زادت قيمته ، واذا نقصت كان النقصان على الغاصب . وفي هذين المذهبين يجوز للغاصب ان يقلع الصبغ اذا شاء ، ولكنه يضمن ما ينقص من قيمة الثوب [٢] .

أما في المذهبين المالكي والحنفي ، فالمغصوب منه مخيّر ان شاء ضمن الغاصب قيمة الشيء ، وان شاء استرد المغصوب عيناً واعطى الغاصب قيمة الزيادة [٣] . فاعطاء قيمة الزيادة ، كما ترى ، هو من نوع التعويض عن الكسب غير المشروع .

ثالثاً – البناء والغرس . لو غصب أحد أرضاً وبنى عليها داراً او غرس فيهـــا اشجاراً ، فعند احمد بن حنبل والشافعي لكل من الغاصب وصاحب الارض أن يطلب القلع بشرط التعويض عن نقصان الارض ، وليس لأحدهما ان يجبر الآخر على ابقاء البناء أو الغرس . ولكن إذا طلب صاحب الارض تملك البناء أو الغرس وقبل الغاصب بذلك ، كان على صاحب الأرض ان يدفع لهذا الغاصب قيمة مـــا

---

(١) الهندية ، ج ٥ ص ١٤٨ .

(٢) راجع المغني (ج ٥ ص ٤٣١) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٥) ، والمهـذب للشيرازي (ج ١ ص ٢٧٥) .

(٣) راجع المجلة (المادة ٨٩٨) وشرح مواهب الجليل (ج ٥ ص ٢٨٧) .

تملكه على هذا الوجه [١] .

أما عند مالك ، فصاحب الارض مخيّر بين ان يأمر الغاصب بقلع ما بناه أو غرسه ، وبين ان يتملك الغرس او البناء مع اعطاء الغاصب قيمته مقلوعاً بعد طرح اجرة القلع [٢] .

ويقرب المذهب الحنفي في هذه المسألة من المذهب المالكي مع بعض الخلاف في التفصيل . فالكرخي وبعض الحنفيين المتأخرين أفتوا بان لصاحب الارض ان يأمر الغاصب بقلع البناء أو الغرس اذا كانت قيمته أقل من قيمة الارض . اما اذا كانت قيمته اكبر، فللغاصب ان يتملكها ويدفع قيمتها دون ان يؤمر بالقلع [٣] .

ولكن هذا القول مخالف لما يفتى بـه . فالقول المختار في المذهب الحنفي هو ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية . ففيها ، « ان كان المغصوب ارضاً وكان الغاصب أنشأ عليها بناء او غرس فيها اشجاراً ،يؤمر الغاصب بقلعها. وان كان القلع مضراً ، فللمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الارض . ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان انشأ او غرس بزعم سبب شرعي ، كان حينئذ لصاحب البناء او الاشجار ان يعطي قيمة الارض ويتملكها . مثلاً لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق ، فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها » (المادة ٩٠٦) .

وشبيه بهذا ما جاء في قانون الملكية اللبناني السوري ، مع بعض فرق في التفصيل فليراجع [٤] .

ولا بد من الملاحظة اخيراً ان المجلة أوجبت أيضاً التعويض عن الكسب غير المشروع في عمارة الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة ، كالطاحون والحمام . فان عمّره احد الشريكين باذن شريكه أو بأذن الحاكم ، فحكمه عرفناه في باب الفضولي . ولكن ان عمّره بعد امتناع الشريك ومن غير أذن الحاكم ، فانه ، كما

---

(١) الام (ج ٣ ص ٢٢٢) ، وفتح العزيز (مع المجموع ج ١١ ص ٣١٣ — ٣١٤) ، والمغني (ج ٥ ص ٣٧٩—٣٨١) .

(٢) التاج والاكليل للمواق (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٢٨٧) .

(٣) البزازية (ج ٣ ص ١٥٩ بهامش الهندية) .

(٤) المواد ٢١٥ — ٢١٧ من القرار ذي الرقم ٣٣٣٩ .

جاء في المجلة ، « لا ينظر الى مقدار ما صرف ، ولكن له أن يستوفي المقدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير » (المادة ١٣١٣) . وهذا هو بعينه الاثراء بلا سبب مشروع ، وهذا هو معيار التعويض من الكسب الحاصل .

رابعاً — الزرع . في هذا الموضوع ايضاً خلاف بين المذاهب . فنحن لا نتعرض له ، بل نكتفي برواية الحديث الشريف : « من زرع في ارض قوم بغير اذنهم ، فليس له من الزرع شيء وله نفقته » [١] . ومعناه ان الزرع يبقى لصاحب الارض ويكون للزارع ثمن البذر واجرة عمله ، الا ان يقبل صاحب الارض بترك الزرع له لقاء دفعه اجرة الارض عن مدة الزراعة [٢] . وعند الحنفية اذا كان الزارع غاصباً ، فلصاحب الارض ان يأمره بقلع الزرع بعد نباته [٣] .

ومهما اختلفت المذاهب او تعددت التفصيلات في المسائل التي سردناها ، أو غيرها من نظيراتها ، فالخلاصة التي لا شك فيها هي انه في كل مرة يكتسب امرؤ شيئاً او مالا على حساب غيره بسبب الانضمام او الالحاق ، كان على الكاسب بصورة عامة ان يحاسب الخاسر بما اكتسبه منه على هذا الوجه .

عود الى المبدأ العام

هذه أهم الاحوال التي يكون فيها الكسب غير المشروع عادة . وهي ليست حصرية ، بل ان لمن نوعها كثيرا ، نجده مبعثراً في ابواب الفقه المختلفة . انما قد اكتفينا بما قدمنا لئلا نخرج عن المبدأ العام ، الذي هو موضوعنا الاساسي ، الى التفصيلات والتفرعات التي لا حصر لها .

ونحن نعود الى القاعدة العامة انه « لا يجوز لأحد ان يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » . وقد بينا آنفاً أسباب الكسب المشروعة ، ولا علاقة لنا بتفصيلها . اما واجب التعويض عن الكسب الحاصل فيكون مختلفاً باختلاف أسباب هذا الكسب .

---

(١) رواه ابو داود (ج ٣ رقم ٣٤٠٣) . وروي مع اختلاف في اللفظ في مسند احمد وسنن الترمذي وابن ماجه (الفتح الكبير ، ج ٣ ص ١٩٥) .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٣١) ، وفتح العزيز في الموضع المذكور ، والمغني (ج ٥ ص ٣٩٢) .

(٣) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٠١ .

فاذا كان الكسب ناتجاً عن سبب مشروع كالعقد وما أشبه ، كان العقد نفسه او السبب المشروع الآخر هو معيار التعويض اللازم ،فيعين وجوبه او عدم وجوبه ويعين مقـــداره وشروطه . واذا كان الكسب نتيجة عمل غير مشروع ، كالجرم والغصب ونظائرهما ، فالعمل هذا هو بحد ذاته مصدر الالتزام والضمان . فالعقـــد والجرم اذن كلاهما مصدران مستقلان للالتزام ، سيأتي تفصيلهما في موضعهما.

ويكون الكسب ايضاً ناتجاً عن عمل الفضولي . وقـــد رأينا حكم هذا العمل واختلاف المذاهب والنظريات فيه، ورأيناه في بعضها مصدراً من مصادر الالتزام ، سببه مشيئة الفضولي وحدها .

وفيما عدا هذه المصادر ، التي لها احكامها الخاصة ولا علاقـــة لنا بها في هذا المعرض ، توجد أحوال ينتج فيها كسب لا يبرره سبب مشروع ، ولا يكون فيها من سبيل آخر للمداعاة ضد الكاسب . فهل تمثل هذه الاحوال في الشرع الاسلامي نظرية عامة تجمعها معاً وتكون بمنزلة المبدأ العام للاثراء بلا سبب ؟ هذا هو السؤال الذي يجب بحثه والجواب عنه في ختام هذا الموضوع المهم .

وقد قدمنا ان الشرع الاسلامي يقر بلا شك الالتزام في احوال معينة عديدة من الاثراء غير المشروع ، كاسترداد المدفوع بدون وجوب ، وتعويض المثـل ، واحوال الكسب بسبب الالحاق والانضمام ، وما الى ذلك . ولا بد من الاعتراف ايضاً بان الشرع الاسلامي رفض اعتبار الكسب في مواضع اخرى وعدّه تبرعاً ممن صدر عنه . وقد مرت معنا امثلة عديدة من ذلك في باب الفضولي وحكم تصرفاته في المذهب الحنفي .

وعلى الرغم من ان الحكم بالتبرع في هذه الاحوال لم تقبل به جميع المذاهب ، كما اوضحنا في ختام بحث الفضولي نقلاً عن ابن القيم وغيره ، فليس في ذلك خروج عن القاعدة الاسلامية العامة . فالممنوع هو اخـــذ مال الغير بلا سبب مشروع ، والتبرع كما نعلم من اسباب التملك المشروعة . واذا قيل ان هـــذا التبرع يفترضه الشرع افتراضاً دون ان يكون بنتيجة الرضى الذي هو ركن عقد التبرع الحقيقي ، قلنا ان الشرع افترض وجوده حكماً ، والشرع أو القانون هو سبب من أسباب التملك ومصدر من مصادر الالتزام كغيره من المصادر او الأسباب الشرعيـــة الاخرى .

وعلى الجملة ، فالالتزام بسبب الاثراء غير المشروع لم يوضع بشكل عــام في الشريعة الاسلامية . ولكن فيما عدا بعض المستثنيات المبنية في بعض المذاهب على افتراض التبرع ، لست أرى في جوهر الشريعة الاسلامية وحقيقتها ما يمنع من تبني المبدأ العام الذي اوضحنا . فهذا المبدأ العام يناسب القاعدة العــامة انه لا يجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي ، تلك القاعدة التي تشمل جميــع انواع الأخذ على الاطلاق . فما الذي يحول دون ان تشمل ايضاً هذا المبدأ من باب اولى؟

وهو بلا ريب مبدأ من احسن المبادىء وأعدلها . وهو ايضاً موافق بمعنـــاه ومبناه للآية الكريمة : « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » . وأي باطل أظلم من الاكتساب على حساب الغـــير بلا مبرر شرعي ؟ والشريعة ، كما صدق من قال ، « هي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها » .

القسم الثاني

التصرفات الفعلية أو الأعمال غير المباحة

الباب الأول

التعويض المدني في الجنايات والغصب

الفصل الاول

معلومات عامـــة

تأثير الحياة الاجتماعية

نحن نعلم ان الشرائع مظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية ، تتأثر بها وفاقـــاً لناموس مقدّر معلوم . ونحن نرى لذلك انهـــا متغيّرة متقلبة ، شديدة التقلب والتغير كالمجتمع نفسه ، حتى صارت قاعدة تبدل الاحكام بتبدل الاعصار والامصار قاعدة كلية ازلية .

وإن بعض النواحي الشرعية أكثر تعلقاً بتلك الحياة من البعض الآخر . وهي من ثم تحس اكثر من غيرها بأثر مظاهر المجتمع . ومن هذه النواحي ، بدون ريب ، احكام الجرائم على انواعها المتباينة . فهي متصلة ، متينة الاتصال ، بعادات المجتمع واخلاقه وتقاليده . فلا عجب اذن من ان نرى الاحكام مرآة للبلد الذي نشأت فيه ، وصورة مصغرة للبيئة التي شرعت لأجلها .

ولا ينبغي ان ننسى ، اذا ما درسنا احكام الجرائم في عصر من العصور ، ان

تلك الاحكام وضعت لذلك العصر وحده، وانها ملائمة له دون غيره ، وان غيرها من الاحكام ربما لا يتناسب وإياه أو لا يأتلف مع ظروفه وأحواله . ولا ينبغي على الاخص أن نقيس تلك الاحكام بمعيار أحكامنا ولا بظروف بيئتنا ،ولا أن ننظر إليها بمنظار اليوم الحاضر [١] .

فمن الخطل على كل حال ان نقارن بين أحكام الماضي وأحكام اليوم ، دون ربط كل منها بزمانه ومكانه ، ودون حسبان المسافات الشاسعة التي تفرقها والقرون الطويلة التي تباعدها. فان الناس لم يعيشوا دائماً كما نعيش الآن ، ولم يفكروا قديماً كما نريد ان نفكر اليوم . وايضاً فكما كان بينهم وبيننا ، سيكون بيننا وبين غيرنا ممن سيأتي بعدنا . فلا يمكن ان نتصور حياة المستقبل وضروراته ، ولا ان نتكهن عما سيرضي أحفادنا البعيدين،لنجري وَفْقَ ما يرتضون لانفسهم ويفكرون لمصلحتهم وسعادتهم . والذي يستحيل علينا اليوم تجاه احفادنا ، قد استحال طبعاً على أسلافنا تجاهنا .

وما كنت أطيل الكلام في هذه الحقيقة الواضحة ، لولا انها ما غربت عن بال بعض الزملاء الافاضل الذين كتبوا في موضوع الجرائم في الشريعة الاسلامية . وما قصدت اذن من ذلك إلا تذكير هـؤلاء بأنهم يقسون كثيراً فى الحكم على بعض النظريات الفقهية ، اذا ما قارنوها وانتقدوها بالقياس الى النظريات الحديثة ، دون ردّ كل فئة منها الى عصرها والى المجتمع الذي وجدت فيه [٢] .

---

(١) ولقد صدق السيد عباس محمود العقاد عندما قال بأن أبناء العصور الغابرة « ليسوا أبناء عصورنا، وأننا مطالبون بأن نفهمهم في زمانهم وليسوا هم مطالبين بأن يشبهونا في زماننا »(عبقرية عمر ، الطبعة الاولى ، مصر ، ١٩٤٢ ، ص ٢٤٢) .

(٢) للاستاذ اميل التيان ، الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف اللبنانية ، اطروحـة عن التبعة الجرمية في الشرع الاسلامي ، قدمها لنيل الدكتوراه من معهد الحقوق في ليون، طبعت في بيروت، عام ١٩٢٦ ، بعنوان :

« Le systéme de la responsabilité délictuelle en droit musulman ».

وهذه الاطروحة لم تخل احياناً من النظر القاسي الذي قدمنا (مثلا ص ٦٦ و٦٨) ، كما ان مؤلفها الفاضل تشدد في قبول كثير من الاحاديث ، واعتبرانها من وضع بعض الفقهـاء الحنفيين (ص ٦٠ و٧٩ و٨٢ و٨٨ وغيرها) . فنحن لا يمكننا ان نجـاري حضرة المؤلف في ذلك ، لعدم اثباته بالطرق العلمية المقبولة في علم مصطلح الحديث . ولكن فيما عدا هذه الهنات، فالاطروحة قيمة جداً تدل على الاطلاع الواسع والتنقيب العميق .

الناحيتان العامة والخاصة

تقسم الجرائم في القوانين الحديثة الى فئتين : احداهما الجرائم الجزائية ، وهي الافعال المحرمة في قانون العقوبات ، والتي يعاقب مقترفها باسم الحق العام تأديباً له، وزجراً لغيره ، وحفظاً للامن والنظام . والفئة الثانية هي الجرائم المدنية ، اي افعال التعدي المضرة التي تلزم فاعلها بازالة الضرر وبتعويض المتضرر مما اصابه منه . ويكون نفس الفعل احياناً جرماً جزائياً وجرما مدنياً بآن واحد ، كالقتل او السرقة ، كما انه يكون جرماً جزائياً فقط ، كحمل السلاح الممنوع ، او جرماً مدنياً فقط كاتلاف مال الغير .

لذا كان لشريعة الجرائم ناحيتان . احداهما عامة ، تمثل وجهة نظر الدولة الى الجريمة ، بما تفرضه من عقوبات لاجل المحافظة على الامن والنظام العام . والناحية الثانية خاصة ، تتعلق بالفرد المتضرر من الجريمة ، وتمثل وجهة نظره اليها وحقه بطلب التعويض هو او عائلته .

وقد كانت الناحية الخاصة في القديم اقوى من الناحية العامة . فالثأر او الانتقام الشخصي كان الاساس البارز للتشريع الجرمي القديم . وسببه ان سلطان الدولة لم يكن آنئذ قويا ، بحيث يقوم بتأديب المجرم او بتحصيل حق المتضرر . فقديماً كان الحق للقوة ، وكان المتضرر هو او قبيلته يحصلون حقهم بانفسهم ، دون ان يوقف انتقامهم شيء سوى تنازلهم عنه بالعفو او بالصلح على مال معلوم .

ومن اقدم القوانين الجزائية قانون القصاص ، بما فيه من بساطة ومساواة . فكان لكل جرم عقوبة من نوعه : النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والسن بالسن ، وهكذا . وقد كانت هذه القاعدة موافقة للعدل الفطري ولحاجات المجتمع القَبَلي ، ذلك المجتمع الذي تميز بشظف العيش وعنف المعاملات وحب الثأر .

ولما بدأت شوكة الدولة بالنمو ، اخذت هي بتنظيم هذا الامر . فاكتفت اولا بتعيين بدل الصلح او التعويض الالزامي . ولم يكن هذا البدل يحوي التعويض للمتضرر فحسب ، بل كان فيه ايضا ما يزيد عن هذا التعويض ليكون بمنزلة العقوبة الخاصة ، التي اعتبرت وحدها كافية لاطفاء ثورة الانتقام عند المتضرر وذويه .

وبعد شعور الدولة بقوتها المتزايدة ، طفقت تعنى شيئاً فشيئاً بوضع الأحكام

على أساس عام. فلا تنظر في ذلك الى مصلحة الفرد فحسب، بل تراعي المصلحة العامة والامن العام والسلامة الاجتماعية . فبرزت بذلك الناحيــة العامة لشريعة الجرائم واصبحت منفصلة عن الناحية الخاصة بصورة ظاهرة جلية .

وهــذا التدرج في التطور لم يسر على وتيرة واحدة في جميع الأمم والبلاد ، بل كان سيره على طرق مختلفــة متباينة . ولكن الخلاصة التي لا مراء فيها هي انه كلما رجعنا الى الماضي في تاريخ شريعة الجرائم لمسنا الناحية الخاصــة أبرز واظهر منها في العصور اللاحقة . او بعبارة عصرية ، كانت معظم الجرائم في القديم مدنية ترمي الى تعويض المتضرر ، ولم تكن جزائيــة تقصد الى معاقبة المجرم باسم الدولة والحق العام [١] .

ولا بد من التنبيه الى ان التفريق بين الجرم المــــدني والجرم الجزائي لم يكن دائماً واضحاً كوضوحه اليوم . فمن أراد ان يدرس الجرم المدني في القديم لم يمكنه ذلك دون ان يتعرف الى الجنايات والجرائم الجزائيــــة ، بسبب اختلاط الفئتين وتشابك بعضها ببعض .

العقوبة والتضمينات

من الطبيعي ان يقابل هــــذا التقسيم في الجرائم تقسيم شبيه في العقوبات والتضمينات . فأما الجرم الجزائي فيستحق عقوبة عامة تفرض باسم الدولة او الحق العام ، وتنفذ بواسطة نائبها المدعي العــام ، ولا تسقط بعفو المتضرر ولا بالصلح . واما الجرم المدني فهو من مصادر الموجبــات ، وهو يلزم فاعله بضمان ازالة الضرر الناشيء أو دفع التعويض المناسب . ويكون واجب الضمان فيه من حق المتضرر يتولى هو طلبه ، ويسقط بالابراء أو بالصلح .

وعند تعدد الجرائم المنسوبة الى الفاعل ذاته ، اذا كانت جزائيــــة تداخلت عقوباتها العامة وادغمت بعضها في بعض ، فلا يفرض منها الا عقوبة واحــدة . اما اذا كانت مدنية فلا تداخل فيها ، بل يجب التعويض عن كل منها .

وهذا الفرق بين العقوبة العامة والضمان المدني لم يكن دائماً كما هو اليوم . ففي

---

(١) راجع كتاب ماين « القانون القديم » (Maine's Ancient Law) ، طبع لندن (Dent & Sons) ، ١٩٢٧ ، ص ٢١٧ وما بعدها .

القديم كان بين الاثنين فئة وسطى تسمى العقوبة الخاصة . وهـذه الفئة ، وان كان فيها معنى العقوبة ، الا انها وضعت لمصلحة المتضرر يتوقف تنفيذها عـلى طلبه ، وتسقط بتنازله عنها بالصلح او بالابراء .

انواع الجرائم المدنية والمبدأ العام

الجرائم الجزائية واحكامها وعقوباتها كلها خارجـة عن موضوعنا . اما الجرائم المدنية ، او الناحية المدنية من الجرائم ، فهي وحدها تهمنا في هذا البحث .

وتكون الجرائم المدنية على انواع متعددة . فمنها ما كان واقعاً عـلى شخص الانسان ، كالقتل والضرب ، ومنها ما كان واقعاً على ماله ، كالغصب والاتلاف ، ومنها ما أصاب شرفه أو عرضه ، أو ما الى ذلك .

ولم يكن في القوانين القديمة نظرية عامة للجرم المدني ، بل كانت أحكام كل نوع من الجرائم خاصة به ، وكانت الجرائم محدودة معينة . هكذا كان الأمر مثلاً عند الرومان .

ولكن معظم القوانين العصرية وضعت نظرية عـامة للجرم المدني ، كنظرية العقود العامة ، وأقرت المبدأ العام الذي يضمّها جميعاً . فقانون الموجبات والعقود اللبناني مثلاً أخذ بهذا المبدأ ، وأثبته بهذا النص : « كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير ، يُجبر فاعله ، اذا كان مميزاً ، عـلى التعويض » (المادة ١٢٢) . وهو نص شبيه بنص القانون المدني الفرنسي (المادة ١٣٨٢) ، والقانون المدني المصري (المادة ١٥١) . وبمعناه جاء في القانون المدني الالماني : « من يقدم قصداً او تقصيراً على الاعتداء بغير حق على أمرىء ، في جسمه أو حياته أو صحته أو حريته أو في حق آخر من حقوقه ، يجبر على تعويضه من الضرر الناتج » (المادة ٨٢٣) .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد حافظت بعض الشرائع اليوم على النظرية القديمة . ومن هذه الشرائع الشريعة الانكليزية ، اذ ليس فيها حتى اليوم نظرية عامة للجرم المدني ، بل فيها فئات معدودة من الجرائم الخاصة ، لكل منها احكامها المعينة . لذا سمي هذا البحث في الانكليزية بقانون الجرائم بالجمع ، لا قانون الجرم بالمفرد [١] .

---

(١) Law of torts, not law of tort. راجع كتاب جنكس The Book of English law, Jenks , لندن ١٩٣٢ ، ص ٤١١ .

الشريعة الاسلامية

قسمت الحقوق ، عند علماء اصول الفقه الاسلامي ، الى اربعة اقسام : حقوق الله الخالصة ، وحقوق العباد الخالصة ، وما فيه حق الله وحق العبد والاول راجح ، وما فيه الحقان والثاني راجح . وقد انقسمت الفئة الاولى ، اي حقوق الله الخالصة ، الى ثمانية انواع تدور بين العبادات والمؤن وما كان مشتركاً بينها جميعاً أو كان قائماً بذاته . ونحن نكتفي هنا ، من هذه الأقسام ، بما يتعلق بالعقوبات والضمانات الناتجة عن الجرائم دون غيرها [١] .

فنبدأ اولا بحقوق الله الخالصة . وهي بتعريف الاصوليين ما تعلق بها النفع العام ، من غير اختصاص باحد . وهذه ، لما كانت عظيمة الخطر شاملة النفع ، قد نسبت الى الله تعالى تعظيما واجلالا وتقديراً . ومن هذه الفئة من الحقوق العقوبات الكاملة كالحدود الخالصة ، والعقوبات القاصرة كحرمان القاتل من الميراث . وهي جميعا تستوفى باسم النفع العام ، رغم عفو المتضرر او تنازله بالصلح الا في بعض مستثنيات قليلة . وقد كانت اقامة الحدود ايام الدولة العباسية منوطة بمنصب صاحب الشرطة [٢] .

والقسم الثاني يشمل حقوق العباد الخالصة . وهي ما تعلقت بها مصلحة خاصة لاحد الناس ، كحرمة مال الغير . فهذه ، خلافاً للاولى ، يجرى فيها الارث ، وتسقط بالصلح والعفو . وتدخل فيها الضمانات المدنية العادية . كوجوب دفع بدل المتلفات ، كما تدخل الضمانات التي فيها معنى العقوبة الخاصة ، كالدية والأرش وحكومة العدل ، على ما سنوضحه قريباً .

والقسم الثالث هو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وكان حق الله غالباً ، كحد القذف عند الحنفيين اي عقوبة من يرمي الغير بتهمة الزنا . وهذا لا يجري فيه الارث ولا يسقط بالعفو عندهم .

---

(١) راجع منار الانوار للنسفي ، وشرحه لابن ملك ، وشرح ابن عيني بهامشه (طبعة دار السعادة ، ١٣١٤ ، ص ٣١٣–٣١٦) ، ومنافع الدقائق شرح مجامع الحقائق (ص ٢٧٨ – ٢٨٠) .

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ٢١٨ .

والقسم الاخير يجمع ايضاً بين حق الله وحق العبد ولكن حق العبد فيه أغلب، كالقصاص . ففي هذه الفئة يجري الارث ويصح العفو او الصلح على مال معلوم .

واذا أردنا ، على الجملة ، مقارنة هذا التقسيم وتفسيره بالاصطلاح المستعمل في قانون الجزاء الحديث ، وضعنا الحقوق والعقوبات العامة معادلة لحقوق الله وما يدخلها من عقوبات ، ووضعنا الحقوق الخاصة مرادفة لحقوق العباد . فمن جهة ،تعدّ الحدود بالتعبير الحديث من العقوبات العامة . ومن جهة ثانية ،يقابلها في فئة الحقوق الخاصة الضمانات الخالصة كدفع بدل المتلفات ، والعقوبات الخاصة كالقصاص ، وما اجتمعت فيه صفتا الضمان والعقوبة كالدية والارش وحكومة العدل . اما التعزير المعروف في الشريعة الاسلامية ، فانه يكون تارة من حقوق الله وتارة من حقوق العباد ، كما سنوضح في محله .

ويقصد من عقاب الجناة والمفسدين الى غايتين : احدهما ردعهم هم عن ارتكاب الجرائم والمفاسد ، والثانية جعلهم عظةً لمن يريد ان يفعل مثل فعلهم وزجر الغير عن التشبه بهم [١] . وهاتان الغايتان ، الردع الفردي والزجر الاجتماعي [٢] ، هما اليوم ايضاً من اسس العلم الجنائي الحديث .

والعقوبات ،سواء أكانت عامة ام خاصة ، هي في الاصل معينة مقدرة ، ولكنها في الوقت نفسه متفاوتة متنوعة . وسبب ذلك ، كما قال ابن القيم الجوزية ، انه « لما تفاوتت مراتب الجنايات لم يكن بد من تفاوت مراتب العقوبات . وكان من المعلوم ان الناس لو وكلوا الى عقولهم في معرفة ذلك وترتيب كل عقوبة على ما يناسبها من الجناية جنساً ووصفاً وقدراً ، لذهبت بهم الآراء كل مذهب ، وتشعبت بهم الطرق كل مشعب ، ولعظم الاختلاف واشتد الخطب . فكفاهم ارحم الراحمين واحكم الحاكمين مؤنة ذلك ، وازال عنهم كلفته ، وتولى بحكمته وعلمه ورحمته تقديره نوعاً وقدراً ، ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة ويليق بها من النكال ... وجعل هذه العقوبات دائرة على ستة اصول : قتل وقطع وجلد ونفي وتغريم

---

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ س ٧٠ .

(٢) او الاحتراز الخاص والاحتراز العام (Spezial-und General Prävention). راجع كتاب غارو (Garraud) ، « الموجز في قانون العقاب» (Précis de droit criminel) ، باريس، ١٩٢١ ، رقم ١٢١ .

مال وتعزير »[١] .

فالقتل جعل عقوبة اعظم الجنايات ، كالجناية على النفس او على الدين او على الاعراض عند البعض ، وذلك حفظاً لحياة الناس ، ومنعاً لفساد الدين ولاختلاط الانساب ، وما تجر معها جميعاً من المفاسد العظيمة .

وجعل القطع عقوبة السارق والمحارب وقِصاص جناية قطع الاعضاء . ووضع الجلد عقاباً للزنا والشرب والقذف . ومن عقوبات الزنا ايضاً النفي والتغريب .

اما تغريم المال فيكون في احوال عديدة ، اهمها متى كانت الغاية حرمان الجاني ومقابلته بنقيض قصده ، كعقوبة القاتل بحرمانه من ميراث مورثه ، وكعقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها الواجبة على الزوج .

واخيراً يأتي التعزير . وهو عقوبة غير مقدرة ، متروكة الى اجتهاد الامام ، لاسيما في الاحوال التي لا عقوبة اخرى لها .

وبعد هذه المقدمة الوجيزة عن تقسيم الجرائم من الناحيتين الجزائية والمدنية ، لا بد من الاشارة الى ان الفقهاء المسلمين لم يدرسوا الجرم المدني في نظرية عامة ، كالتي نراها في بعض القوانين الحديثة ، بل بحثوا في الموضوع على النحو العملي الذي اتبعوه في العقود . فاحكام الجرم المدني نراها مبعثرة في ابواب مختلفة من الفقه ، أهمها الجنايات والحدود والغصب والاتلاف .

وقد توسع بعض الفقهاء في باب الاتلاف وطبقوا احكامه على مسائل متنوعة عديدة . ونحن سنبحث فيه عن الاحكام العامة التي يمكن استخلاصها ، وعما اذا كانت تصلح لان تكون أساساً لنظرية عامة للجرم المدني في الشريعة الاسلامية .

إنما لا بدّ قبل ذلك من كلمة سريعة في الجنايات والحدود والغصب ، لنلمّ بفكرة عامة عنها ، ولنبيّن اثناء ذلك علاقتها بهذا الموضوع الخطير ، وكيف يمكن ان تكون مصدراً للالتزام وللضمان المدني .

---

(١) اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٦٤ وما بعدها .

الفصل الثاني

الحدود والتعزير

الحدود بوجه عام

الحدّ لغةً معناه المنع . وشرعاً هو « اسم لعقوبة مقدّرة تجب حقاً لله تعالى » . ولقد وضعت هذه العقوبة رادعاً للمجرمين وزاجراً لامثالهم ، فسميت لذلك حداً لكونها مانعة من ارتكاب الفواحش .

والحدود المرتبة على الجنايات سبعة وهي : الرِدة والبَغي والزنا والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر . ولكل منها أحكام خاصة طويلة ، نكتفي هنا بكلمة وجيزة فيها ، بعد ان نبين أولا بعض الاحكام العامة لجميعها [1] .

والحد ، كما قلنا ، عقوبة مقدّرة أي معينة في الشرع ، خلافاً للتعزير الذي هو متروك لرأي الامام كما سنرى . وهو من حقوق الله ، فلهذا لا يسمى القِصاص حداً ، لانه من حقوق العباد .

ويترتب على كون الحد من حقوق الله انه لا يسقط بالعفو ولا بالصلح ، إلا

---

(١) راجع في تفصيل الحدود واختلاف المذاهب فيها : المبسوط (ج ٩ ص ٣٦ وما بعدها) ، والهداية (ج ٢ ص ٨٠) ، والفتح القدير (ج ٤ ص ١١١) ، والبحر الرائق (ج ٥ ص ٢) ، والبدائع (ج ٧ ص ٣٣) ، والزيلعي (ج ٣ ص ١٦٣) ، والمختار وشرحه الاختيار للموصلي (ج ٣ ص ٣٥) ، والام (ج ٦ ص ١١٥) ، والمهذب (ج ٢ ص ٢٨٢) ، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢) ، والخرشي على سيدي خليل (ج ٥ ص ٣٠٢) ، والحطاب والمواق (ج ٦ ص ٢٧٦) ، وابن جزي (ص ٣٥٣) ، والمغني والشرح الكبير (ج ١٠ ص ١١٩) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١٦٣ وما بعده) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٥٩) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٥٦) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٣٤٧) وحاشية البيجوري على ابن قاسم (ج ٢ ص ٢٣٥) وغيرها ...

في حد القذف عند بعض الفقهاء . فعليه إذا بلغ أمر الحد الحاكم ، فلن ينفع ندم الشاكي أو صفحه عن المجرم . ولكن سكوته قبل بلوغ الحاكم يمنع الحد ، عملاً بالحديث الشريف : « تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حدّ فقد وجب » [١] .

وقد اختلف الفقهاء في مسألة تعدد الجرائم التي تستوجب الحد، كما لو سرق أحد شيئاً وقبل ان يحد في ذلك سرق مرة ثانية أو أكثر، فهل يجب عليه حدّ واحدفقط، أم عليه لكل جرم حدّ ؟ فالجواب عند جمهور الفقهاء أن الحد واحد إذا كان الجرم من نوع واحد ، لانه لا يجب شيء من الحدود بنفس الجرم حتى يثبت عند الحاكم ، ولان الغاية المطلوبة من الحدود ، وهي التأديب والردع والزجر ، لم تحصل قبل الحكم . وهذا ، كما ترى ، شبيه بمبدأ تداخل العقوبات أو ادغامها المعروف في القوانين الجزائية الحديثة .

الشبهة في الحدود

قال أصحاب المذهب الظاهري البائد ان الحدود ، لما كانت حق الله ، لا تسقط إذا وجدت شبهة ، لقوله تعالى : « تلك حدود الله فلا تعتدوها » [٢] . ولكن الرأي السائد عند أصحاب المذاهب الأربعة ان الحدود تسقط بالشبهات . ودليلهم الاحاديث الشريفة : « ادرؤا الحدود بالشبهات . ادفعوا الحدود ما استطعتم . ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان كان له مخرج فخلّوا سبيله ، فان الامام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة » [٣] .

ومعنى هذه الاحاديث صحيح . وهو انه في العقوبات يراعى عند الشك جانب المتهم ، كما أقرّ ذلك العلم الجنائي الحديث .

وفي الشرع الاسلامي ، استتبعت هذه القاعدة بعض الفروع . منها ان الحد

---

(١) رواه ابو داود والنسائي في سننها والحاكم في المستدرك . راجع الجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٣٣٠٨) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٣٧٦) .

(٢) سور البقرة (٢) ، ٢٢٩ .

(٣) روى الحديث الاول السيوطي عن الكامل لابن عدي ، ورواه الحارثي في مسند ابي حنيفة .واخرج ابن ماجه الحديث الثاني . اما الثالث فأخرجه الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم . وقد قال ابن حزم وغيره ان هذه الاحاديث او بعضها ضعيف او غير صحيح . راجع الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤) ، ونيل الاوطار (ج ٧ ص ٨٧-٨٨) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١٧٩) .

يسقط عمن أصاب شيئاً محرماً وهو جاهل بتحريمه ، اذا كان ذلك في موضع شبهة .

ومنها أيضاً تشدد الفقهاء في الادلة التي تثبت بها الحدود .

يوضح ذلك أن جمهور الفقهاء أجازوا لمن أقر في حد من الحدود ان يرجع عن اقراره ، وذلك خلافاً لابن أبي ليلى وعثمان البتي وأتباع المذهب الظاهري الذين منعوا الرجوع عن الاقرار مطلقاً ، وخلافاً للامام مالك الذي لم يقبل الرجوع الا في الشبهة .

وفي الاقرار أيضاً ، قال الامام احمد بن حنبل ان حد الزنا لا يقام على المتهم المقر الا اذا أقر على نفسه اربع مرات ، وزاد الامام أبو حنيفة أن هذا الاقرار يجب أن يحصل في مجالس متفرقة . وعن صاحبه ابي يوسف ، ينبغي في الاقرار أن يحصل مرتين في حد السرقة وحد شرب الخمر . ولكن جمهور الفقهاء ، ومنهم الامامان مالك والشافعي ، قالوا بان الاقرار مرة واحدة يكفي في الحدود كما في غيرها ، لانه « اذا صح الاعتراف مرة أو الف مرة فهو كله سواء » .

وكذلك نرى في الشرع تشديداً بشأن الشهادة أو البينة الشخصية المطلوبة في الحدود . فالنصاب المطلوب في الرأي السائد هو أربعة رجال في الزنا ، ورجلان في باقي الحدود . ولا تقبل شهادة النساء أبداً ، ما عدا بعض أقوال بائدة للمذهب الظاهري وغيره [1] . ومن التشديد في قبول الشهادة ما اشترطه ابو حنيفة وأصحابه بان دعوى الحدود لا تسمع بعد مضي المدة الطويلة ، الا اذا كان للشهود عذر كبعدهم عن بلد الحاكم ، او اذا تعلق بالامر حق العبد كما في القذف . ومنه أيضاً ما اشترطوه هم وغيرهم بان الشهود الاربعة في الزنا ينبغي ان يجيئوا معاً ويجتمعوا ويشهدوا في مجلس واحد .

ولا بدّ أخيراً من الاشارة الى ان من مسائل درء الحدود بالشبهات سقوط الحد بالتوبة أحياناً . فحد المحاربين يسقط بتوبتهم قبل القدرة عليهم ، عملا بنص الآية الكريمة : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فأعلموا أن الله غفور رحيم » [2] . وقد روي عن الشافعي في مذهبه العراقي القديم ، انه قال بسقوط

---

(١) راجع تفصيل ذلك في باب البينات من كتابنا فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ٢٨٢ وما بعدها .

(٢) سورة المائدة (٥) ، ٣٤ .

الحدود كلها بالتوبة ، قياساً على ما ذكرنا . ولكنه رجع عن قوله هـذا في مصر ، والرأي الأظهر من مذهبه يقول بما يقول به الرأي السائد عند جمهور باقي المذاهب ، وهو انه لا يسقط بالتوبة من الحدود إلا حدّ المحاربين .

على من تقام الحدود

يشترط لاقامة الحدود ان يكون المتهم بالغاً عاقلاً . فعليه لا حدّ على الصغير القاصر ، ولا على المجنون . وذلك عملاً بالحديث الشريف : « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلي حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يكبر »[1] .

وعدا ذلك ، فالحد يصيب المرأة والرجل ، والحر والرقيق ، والمسلم وغـير المسلم عند البعض ، والشريف والوضيع ، مع تفصيل في كل ذلك . ونحن نبين منه بعض الاحوال الخاصة بصورة سريعة .

اولا — العبيد . لم نرَ ما يوجب التوسع في شأنهم ، لعدم الفائدة من ذلـك في هذه الايام . فقد قالت طائفة قليلة أن حد العبيد كحد الاحرار . وقالت طائفـة أخرى أن حد العبيد في الجلد كله على نصف حد الاحرار ، عملاً بالقول المأثور « من عظمت مرتبته كبرت صغيرته » . وعـلى كل ففي المذاهب تفصيلات أخرى لا مجال لذكرها .

ثانياً — المرضى . من الفقهاء من قال ان الحـد يؤخر عن المريض حتى يبرأ ، ومنهم من قال يقام عليه الحد حسب وسعه وطاقتـه . وعند جمهور الفقهاء يؤخر الحد عن المرأة الحـامل حتى تضع جنينها ، وعند بعضهم حتى يستغني الولد عنها . وفي القوانين الحديثة اليوم ، « يؤجل تنفيذ الاعدام بالحامل الى أن تضع حملها »[2] .

ثالثاً — هل تقام الحدود على أهل الذمة ؟ أم أنها مختصة بالمسلمين ؟ في هـذه المسألة أيضاً خلاف كبير . فقد روى أبن حزم عن علي بن أبي طالب ان لا حـدّ

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده ، وأبو داود والنسائي وابن ماجه في سننهم ، والحاكم في مستدركه. وأخرجه أبو داود والحاكم أيضاً بلفظ آخر : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب عـلى عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » . راجع الجامع الصغير (ج ١ رقم ٤٤٦٢ و٤٤٦٣) ، وسنن أبي داود (ج ٤ رقم ٤٣٩٨ و ٤٤٠١) .

(٢) الفقرة الاخيرة من المادة ٤٣ من قانون العقوبات اللبناني . وبمعناها المادة ١٨ من قانون الجزاء العثماني .

على أهل الذمة في الزنا ، وعن أبن عباس أن لا حـــد عليهم في السرقة ، وعن ابي حنيفة ومالك أنهم لا يحدون في الزنا ولا في شرب الخمر ويحدّون في القـذف وفي السرقة ، وعن الشافعي واهل الظاهر أن عليهم الحدّ في كل ذلك .

رابعاً — الاشراف والاقرباء . لم يفرّق الشرع في الحدود بين طبقات الناس . فالجميع سواء في ذلك . وانما الكبير من تكابر عن كبائر الاثم وصغائره ، والرفيع من ترفع عن رذائل الاعمال . ففي الحديث الشريف : « اقيـــلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا الحدود [1] . واقيموا حدود الله تعالى في البعيد والقريب ، ولا تأخذكم في الله لومة لائم » [2] .

وتستتبع هذه المساواة كراهيـة الشفاعة في الحد . فقد روى البخاري ومسلم وغيرهما ان أسامة كلم النبي (ص) في المرأة المخزومية التي سرقت . فقال النبي(ص) « اتشفع في حد من حدود الله » ؟ ثم قام وخطب قائلا : « يا ايها الناس انما ضلّ من قبلكم انهم كانوا اذا سرق الشريف تركوه ، واذا سرق الضعيف فيهم اقامـــوا عليه الحد . وايم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » [3] .

الجلد والقطع

من الحقائق التاريخية الثابتة ان العقوبات في الشرائع القديمـة كانت بوجه عام صارمة جـداً . ففي قانون الالواح الاثني عشر الروماني مثلاً كانت عقوبة السرقة المشهودة الجلد والاسترقاق والاعدام . وسنرى قريباً في الشرع الاسلامي ان قطع اليد عقوبة السارق ،وان الضرب او الجلد هو عقوبة مقدّرة في الزنا والقذف وشرب الخمر . وقبل بيان هـذه الحدود مفصلاً ، لا بأس بكلمة موجزة في هاتين العقوبتين من الناحية الاجتماعية الحديثة .

وقبل هذه الكلمة ، لا بدّ من التذكير ثانية بان العقوبات لا يمكن ان توزن بميزان واحد ثابت . بل انها مرتبطة بالوقت الذي وضعت لاجله ، وبالمكان الذي طبقت فيه . وانه اذا كان قسم منها لا يروق لبعض الناس اليوم ، فهذا لا يعني ان

---

(١) اخرجه ابو داود وغيره . راجع سننه ، ج ٤ رقم ٤٣٧٥ .

(٢) اخرجه النسائي . راجع الجامع الصغير ، ج ١ رقم ١٣٦٥ .

(٣) صحيح مسلم (ج ٥ ص ١١٤) ، وشرح العيني على البخاري (ج ٢٤ ص ٢٧٦) .

هذا القسم لم يكن صالحاً في ظروفه الخاصة ، او انه غير صالح حتى في اليوم الحاضر .

فابدأ بقطع يد السارق ، واكرر بانه كغيره من الحدود لا يطبق الا بعد التروي والتدقيق ، ولا يتوجب الا ببلوغ الحاكم ، ويسقط بالشبهات . ولا ريب في انه كان ضرورياً في المجتمع العربي ، وانه لا يزال نافعاً ومفيداً في كثير من الاقطار اليوم . يؤيد ذلك ما يردنا من اخبار البلاد الحجازية والنجدية ان السرقة اصبحت نادرة فيها ، بعد ان اوجبت الحكومة السعودية تطبيق العقوبة الشرعية الاسلامية[١] .

وان من له خبرة في الامور الجزائية يعلم بتأكيد ان مثل هذه العقوبة ضرورية لبعض اللصوص المحترفين في ايامنا الحاضرة ، على الاقل متى ثبت ان العقوبات العصرية ليست كافية لتأدية القصد المطلوب منها ، من ردع فردي أو زجر اجتماعي . فما بالك بلص شهير محترف يصيب من الاحكام العديدة ما لا يحصى ، ثم لا يلبث اذا دخل السجن حتى يفتخر بحيله اللصوصية أمام زملائه ، ولا يلبث إذا خرج منه حتى يعود الى مهنته دون تردد ولا تأخير؟ فهل يضير المجتمع أو الانسانية أن تقطع أيدي هذا الشرير الأثيمة وتمنعه من تكرار عمله المشين الخطر وتزجر غيره اتعاظاً به ؟ وهل تقسو الهيأة الاجتماعية إذا حمت نفسها بهذه الصورة اضطراراً ، ويأساً من تأديب أمثال من ذكر ؟ أنا ادعي بعض الخبرة في هذه المسائل[٢] ، وأنا مقتنع بما قلت واثبت .

اما الجلد والضرب ، فلا بد من الملاحظة انه يكون بالسوط في جميع الحدود ، ويكون ايضاً في حدّ الخمر بكل ما يراه الحاكم حسناً . وتتفاوت صفة الضرب . فهو أشدّه في التعزير ثم في حدّ الزنا ، ثم في حدّ الشرب . وأخفه في حد القذف .

وهذه العقوبة ، التي أسماها بعضهم « الموضة » عند محمد (ص) ، هي « الموضة » عند غيره ايضاً . فعند الانكليز اليوم مثلاً ، وليس من ينكر حظهم من الرقي والتمدن ، يحكم بالجلد على اللصوص والمتشردين وبعض المجرمين والأحداث ، وعلى غيرهم في احوال أخرى عديدة[٣] .

---

(١) انظر كتاب يقظة العرب ، لجورج انطونيوس ، تعريب الركابي ، دمشق ، ١٩٤٦ ص ٣٧٩ وما بعدها .

(٢) اخصها قضاء سبع سنوات في التحقيق الجزائي في بيروت .

(٣) راجع اهم هذه الاحوال في كتاب Principles and Practice of the Criminal Law تأليف هاريس (S. Harris) ، لندن ، ١٩٢٦ ، ص ٤٢٠ .

وأنا أرى من الصواب إبقاء هذه العقوبة في القوانين العصرية لتأديب تلك الفئة من المجرمين ، اولئك الذين لا تنفعهم العقوبات الحليمة العادية .

حد الزنا

اتفق الفقهاء على ان الزنا هو كل وطء حصل بدون زواج صحيح ولا شبهة زواج ولا بملك يمين . واختلفوا في تفصيل ذلك وتفسيره وفيما الحق به . وقد وقع الخلاف بصورة خاصة في مسألة تطبيق حكم الزنا على اللواط واتيـــان البهائم والتزوج بالمحرمات من النساء وما أشبه . ولا مجال للتوسع هنا في كل هذه الامور .

وقد كانت عقوبة الزناة صارمة في الشرائع القديمة . ففي الشريعة اليهودية كان عقابهم الموت أو الرجم حتى الموت [١] . وجاء في القرآن الكريم : « الزانيةُ والزاني فاجلِدوا كل واحدٍ منهما مائة جلدة ، ولا تأخـذكم بهما رأفةٌ في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهدْ عذابَهما طائفة من المؤمنين » [٢] . فهذه الآية قد خصصتها السنّة بغير المحصنين من الزناة ، وأكملتها بعقوبة النفي . ففي الحديث الشريف ، الذي رواه مسلم وغيره ، : « خذوا عني ، خـــذوا عني ، فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثّيب (غير البكر) بالثيب جلد مائة والرجم » [٣] .

والمحصنون هم الاحرار البالغون العاقلون المتزوجون زواجاً صحيحاً حقيقياً ، ويشترط ابو حنيفة ومالك ان يكونوا مسلمين . فهؤلاء المحصنون عقوبتهم الرجم بالحجارة حتى الموت ، بدليل سنة النبي (ص) الذي رجم ماعزاً والمرأة الغامدية ، وبدليل آية الرجم : «الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة ، نكالا من الله ، والله عزيزحكيم » ،وهي آية روي انها نسخت من سورة الاحزاب لفظاً لا معنى [٤] . وقد قال جمهور الفقهاء ، خلافاً لحسن البصري وداود الظاهري وغيرهما ، ان من وجب عليه الرجم لا يجلد قبل ذلك ، لعدم الفائدة .

---

(١) راجع مثلا العهـد القديم ، سفر التثنية (٢٢،٢٢ ــ ٣٠) ، وقاموس الكتاب المقدس للدكتور بوست (بيروت ، ١٨٩٤ ، تحت كلمة زنا) .

(٢) سورة النور (٢٤) ، ٢ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١١ ص ١٨٨ وما بعدها .

(٤) تفسير الـكشاف للزمخشري ، ج ٣ ص ٢٢٥ .

واما غير المحصنين ، فعقابهم جلد مائة سوط والتغريب أو النفي سنة كاملة . وقد اختلف في التغريب: فقال ابو حنيفة انه ليس حداً واجباً ، بل هو راجع الى رأي الامام ، فان رأى فيه مصلحة حكم به من باب التعزير ، والا فلا . وقال مالك والاوزاعي انه واجب على الرجل دون المرأة . ولكن جمهور الفقهاء قالوا بوجوب التغريب على الاطلاق . وروي ايضاً عن عمر بن الخطاب أنه نفى ربيعة بن امية بن خلف فلحق بالروم ، فقال عمر « لا اغرب بعدها احداً » [١] .

ويثبت الزنا ، كما قلنا ، بالاقرار او بشهادة اربعة رجال ، مع الخلاف والشروط التي ذكرناها . اما لو ظهر الحمل بامرأة لا زوج لها وادعت انها استكرهت ، فلا حد عليها عند جمهور الفقهاء الا عند مالك ، فانه اوجب الحد عليها اذا لم تأتِ بامارة تدل على استكراهها ، كحضورها مستغيثة او ما الى ذلك .

حد السرقة

السرقة شرعاً اخذ مال الغير خفية وظلماً بشروط معلومة . فيخرج عن هذا التعريف ، عند جمهور الفقهاء ، الغصب والاخذ جهراً والاختلاس وجحد الوديعة وجحد العارية . وروي ان احمد بن حنبل واهل الظاهر الحقوا جاحد العارية بالسارق واوجبوا عليه الحد .

وللسرقة أحكام وتفصيلات عديدة تتعلق بالمسروق والسارق والعقوبة . وفي كل هذا وجدت فروق في المذاهب ورويت احاديث كثيرة اختلف في صحتها وتفسيرها . ونحن لا نرى ان نذكر من كل ذلك الا المبادىء العامة ، وخاصة ما كان منها متفقاً عليه . فالمسروق يشترط فيه ان يبلغ نصاباً معيناً . والنصاب عند اهل العراق دينار او عشرة دراهم مضروبة ، وعند اهل الحجاز ثلاثة دراهم من الفضة او ربع دينار من الذهب . وما كان دون هذه القيمة لاعقاب عليه .

وكذلك يشترط في المسروق ، عند الجمهور خلافاً للظاهرية ، ان يكون في حرز . والحرز هو الموضع الذي يحرز فيه المال عن ايدي اللصوص ، كالدار والصندوق او غيره مما جرت عادة الناس ان يحفظوا فيه مالهم . فعليه لاحد على سارق الشيء من غير حرز ، كالثمر المعلق وغيره .

---

(١) تفسير الفخر الرازي ، ج ٦ ص ٢١٧ .

واخيراً تكون السرقة عند جمهور الفقهاء في كل شيء متمول يجوز بيعه واخذ العوض فيه . ولكن ابا حنيفة قال بانه لا قطع فيما يتسارع اليه الفساد ، كالفواكه الرطبة والطعام ، ولا فيما كان اصله مباحاً ، كالصيد والحشيش والحطب .

اما السارق ، فيجب ان يكون بالغاً عاقلاً مختاراً ، سواء أكان حراً امعبداً ، رجلا ام امرأة ، مسلماً ام ذمياً . واذا كان السارقون جماعة وكان المسروق يبلغ نصاباً واحداً ، قطع الجميع عند جمهور الفقهاء . ولكن ابا حنيفة والشافعي قالا لا قطع على السارقين المتعددين ، حتى يكون ما اصاب كل واحد منهم نصاباً .

ولا يقام الحد عند وجود الشبهة ، مثاله لا حد على السارق اذا كان احد الزوجين عند الجمهور ، او كان اباً للمسروق منه عند مالك ، او كان احد الفروع والاصول عند الشافعي واحمد ، او كان قريباً ذا رحم محرم عند ابي حنيفة . وقد خالف في ذلك اتباع المذهب الظاهري ، فاوجبوا الحد في هذه الاحوال كلها .

وكذلك عند الحنفية وفي احدى روايتي الشافعي واحمد بن حنبل ، يسقط الحد للشبهة ايضا اذا ادعى السارق انالمسروق او قسماً منه ملكه . ولهذا سماه الشافعي السارق الظريف .

ولصاحب المال ان يعفو عن السارق قبل رفع الامر الى الحاكم لا بعده . ولكن اذا ملك السارق المسروق بعد اعلام الحاكم ، سواء بالارث او بالهبة او بالبيع او بسبب آخر ، فلا يسقط عنه الحد الا عند الحنفية .

اما عقوبة السارق فهي القطع ، بدليل الآية الكريمة : « والسارقُ والسارقةُ فاقطعوا ايديهما [١] » ، وبدليل السنّة القولية والفعلية . فالسارق للمرة الاولى تقطع يده اليمنى من مفصل الكف بالاتفاق . والسارق للمرة الثانية تقطع رجله اليسرى من مفصل الكعب عند جمهور الفقهاء ، خلافاً لاهل الظاهر الذين قالوا بقطع اليد اليسرى . ثم عند مالك والشافعي وفي احدى روايتي احمد بن حنبل ، تقطع في السرقة الثالثة يد السارق اليسرى ، وفي الرابعة رجله اليمنى ، وفي الخامسة يعزر ويحبس . اما عند ابي حنيفة ، فلا قطع عليه بعد المرة الثانية ، بل يحبس في الثالثة حتى يتوب .

---

(١) سورة المائدة (٥) ٣٨ .

حد القذف

في اللغـــة القذف معناه الرمي والشتم . وفي الشرع هو الافتراء برمي المحصن بالزنا . واحصان القذف عند جمهور الفقهاء هو ان يكون المقذوف عاقلاً بالغاً حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا .

ويكون القذف بصريح الكلام . ويكون ايضاً بالتعريض عنـــد مالك ، وكذلك عند الشافعي ان نوى القاذف بتعريضه القذف وفسره به . ولكن لا يحد القاذف اذا كان المقذوف أحد فروعه كالولد وولد الولد ، وهذا عند جمهور الفقهاء ما عدا مالكا .

وعقوبة القذف معينة بالآية الكريمـــة : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون . الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم »[١] . فاذن،عقوبة المفتري هي الجلد . وفوق ذلك ، اذا لم يتب ، ترفض شهادته عنـد جمهور الفقهاء . انما اذا أثبت القاذف صحة ما نسبه الى الغير من الزنا باربعة شهود ، فلا شيء عليه .

ولو قذف أحد آخر مراراً ، فعلى القاذف حدّ واحـــد بالاتفاق ، عملاً بقاعدة التداخل او ادغام العقوبة . ولكنه اختلف في حكم القذف الموجه الى جماعـــة . فعند مالك وابي حنيفة ، ليس على القاذف الا حد واحـد ، عملا بذات القاعدة . وعند الشافعي ، على القاذف حد واحـــد لكل من المقذوفين ، باعتبار حق العبد عنده هو الراجح في حد القذف . اما احمد بن حنبل فقـد فصل قائلا : الحدّ واحد ان كان القذف بكلمة واحدة ، ومتعدد ان كان القذف بكلمات متعددة كعدد المقذوفين .

ولا خلاف عند الفقهاء في ان حـد القذف يتعلق به حقّان ، حق العبد وحق الله . فعليه لا يقام هذا الحد الا بطلب المقذوف ، لتعلق حقه به ، وهو نفي العار عن نفسه . واذا كان القذف موجهاً الى ميت ، فيكون الطلب لمن يصيبه القذف في نسبه .

اما الخلاف فهو في ترجيح احد الحقين على الآخر،أحق العبد أغلب أم حق الله،

---

(١) سورة النور (٢٤) ، ٤ — ٥ .

وفي الفروع التي تستخرج من ذلك . فعند الحنفيين والامام الاوزاعي ، حق الله أرجح من حق العبد في القذف ، ولذا لا يسقط حدّه بعفو المقذوف ولا بابرائه ، ويبطل بموته ، ولا ينتقل الى ورثته . ولكن عند جمهور الفقهاء ، يعتبر حق العبد غالباً ، فلذا جاز للمقذوف ان يسقطه ، وإذا مات انتقل حقه إلى ورثته .

حد الشرب

شرب الخمر والمسكرات محرّم في الشريعة الاسلامية . وعلى شارب الخمر، قليلها وكثيرها ، الحد بلا خلاف ، عملاً بالحديث الشريف : « من شرب الخمر فاجلدوه »[١].

اما باقي المسكرات ، فهي في حكم الخمر عند اهل الحجاز ، بدليل الاحاديث الشريفة : « ما أسكر كثيره فقليله حرام [٢] . كل مسكر خمر وكل خمر حرام [٣] . كل شراب اسكر فهو حرام [٤] ». ولكن عند اهل العراق لا حدّ في غير الخمر إلا إذا سكر الشارب منه باعتبار الاسكار علة التحريم ليس إلا .

وفي السكر تعتبر اقصى غايته عند ابي حنيفة . وهي عنده الغلبة على العقل بأن لا يميز المرء بين الأشياء ، فيصل الى درجة لا يعرف معها « الارض من السماء ، والفرو من القباء ، والرجل من المرأة » . ولكن عند صاحبيه ، تعريف السكر هو « ان يختلط كلام الرجل فلا يتميز جده من هزله » [٥] .

وعقوبة الشرب أربعون جلدة عند الشافعي وثمانون عند الجمهور . وفي كلا القولين ما يؤيده من سنة النبي (ص) وعمل الصحابة . فقد روي عن النبي (ص) انه قال : « من شرب بصقة من خمر فاجلدوه ثمانين » [٦] . وروى مسلم عن علي بن ابي طالب انه قال : « جلد النبي (ص) اربعين ، وجلد ابو بكر اربعين ، وعمر ثمانين ، وكلٌّ سُنّة .. » [٧] . وسبب تشديد عمر بن الخطاب تفشي الشرب في ايامه.

---

(١) راجع اخراجه في الفتح الكبير للسيوطي ج ٣ ص ٢٠١ .

(٢) اخرجه احمد واصحاب السنن الاربعة وغيرهم . راجع الجامع الصغير ، ج٢ رقم ٧٨١٥ .

(٣) صحيح مسلم ، ج ٦ ص ١٠١ .

(٤) ذات المصدر (ص ٩٩) ، والبخاري وشرحه العيني (ج ٢١ ص ١٧٠) .

(٥) المبسوط ج ٩ ص ١٠٥ .

(٦) نقله السيوطي عن الطبراني في الجامع الصغير ، ج ٢ ، رقم ٨٧٧٠

(٧) صحيح مسلم ، ج ٥ ص ١٢٦ .

وقد استشار الصحابة في ذلك ، فاشار عليه علي بن أبي طالب بقياس الشرب على القذف ، لان المرء « اذا سكر هذى ، واذا هذى افترى » [١] .

ولثبوت الشرب ، فيما عدا الاقرار او البينة الشخصية ، تكفي رائحة الخمر وحدها لوجوب العقاب عند مالك وفي احدى روايتي احمد بن حنبل ، لا عند باقي الائمة .

ولا بد اخيراً من التنبيه الى انه لا حدّ على الشارب الا اذا كان مختاراً ، عالماً بما يشربه . فاذا كان مكرهاً او جاهلاً التحريم ، فلا شيء عليه . اما شرب الخمر للتداوي او لدفع العطش فهو غير جائز عند جمهور الفقهاء الا اذا كان لدفع غصة . وسببه ، كما جاء في الحديث الشريف : « ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » [٢] . ولكن أبا حنيفة خالف ذلك ، وأباح الشرب في مثل هذه الحالة ، عملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات .

حدود اخرى

من الامور الهامة التي يسعى اليها اولو الامر في كل عصر ومكان المحافظة على الامن الداخلي والخارجي ، ومعاقبة كل من يكدر صفو هذا الامن بعقوبات عامة زاجرة . ومن الطبيعي ان نجد في الشريعة الاسلامية ما يمنع من الاعتداء على الدين وحرمة الناس ومن الخروج عن طاعة الامام ، وأن نجد ما يحمي الاسلام والدولة الاسلامية من الفتن والمعاصي ومن كل عدوان عنيف .

وقد وضعت الشريعة الاسلامية لهذه الغاية حدوداً وأحكاماً للمحاربين وقطاع الطريق والبغاة والمرتدين والزنادقة والسحرة ومن اليهم . وهذه الحدود والاحكام معينة مبينة ، يضيق المجال عن تفصيلها جميعاً . فلذا نكتفي بتعريف اجمالي عن اهمها —

أولا — البغاة : — وهم أهل البغي والظلم ، الذين يخرجون عن طاعة الامام بتأويل حق أو ولاية . ويقابلهم في العصر الحاضر العصاة الذين يقاومون الدولة لسبب سياسي بقصد الاستيلاء على الحكم أو تغيير شكل الحكومة أو دستورها .

(١) المغني ، ج ١٠ ص ٣٢٩ ،

(٢) السيوطي عن الطبراني ، الجامع الصغير ، ج ١ ، رقم ١٧٧٣ .

فهؤلاء يتحرى الامـــام مظلمتهم أولا ، ويسعى في اعادتهم الى طاعته . فان غنموا أو خرجوا عن قبضته ، وكانوا في منعة من العدد والعدة ، جاز له قتالهم حتى يعودوا الى الحق .

ففي الكتاب الكريم : « يا ايهاَ النـــاس ، إنـّا خلقناكم من ذكرٍ وأنثى ، وجعلناكم شعوباً وقبـــائلَ لِتعارفوا ، إنّ أكرَمكم عند الله أتقاكم ، أن الله عليم خبير » . « وإنْ طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلِحُوا بينهما ، فانْ بَغَتْ احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيءَ إلى أمر الله ، فان فاءَت فاصلحوا بينهما بالعدل وأقسِطوا ، إن اللهَ يحب المُقسِطين » [١] .

ثانياً — قطاع الطرق والمحـــاربون : — وهم الذين شهروا السلاح ، وقطعوا الطريق للناس ، ومنعوهم من المرور ، وقصدوا الى سلبهم أو اخافتهم جهـاراً ، خارج المصر أو داخل المدن عند جمهور الفقهاء ، مع قول ابي حنيفة وغيره ان قطع الطريق لا يكون الا خارج المدن .

وفي هؤلاء نزلت الآية الكريمة : « انمـــا جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الارض فساداً ، ان يُقَتّلوا ، او يُصلّبوا ، او تُقطّعَ ايديهم وارجلُهم من خِلافٍ ، او يُنفوا من الارض ، ذلك لهم خِزْيٌ في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبلِ ان تقدِروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » [٢] .

وقد اختلف في تفسير النفي ، فمنهم من قال معناه الحبس ، ومنهم من قال معناه التغريب . وكذلك اختلف في ترتيب العقوبات المذكورة . فبعض الفقهـاء قالوا ان الامام مخير في تطبيقها . انما الرأي السائد يقول ان القتل لمن اقتصر على القتل ، والقتل والصلب لمن قتل واخذ المال ، وقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لمن اقتصر على اخذ المال ، والنفي لمن اخاف السبيل ولم يأخذ المال [٣] .

ثالثاً — المرتد : — وهو من رجع عن الاسلام طوعاً ، بالقول او بالفعـل . وحكمه ان يعرض عليه الاسلام ، فان لم يتب ، كان جزاؤه القتل ، عملا بالحديث

---

(١) الحجرات (٤٩) ١٣ و ٩ .

(٢) سورة المائدة (٥) ٣٣—٣٤ .

(٣) تفسير الفخر الرازي ، ج٣ ص ٣٩٧ .

الشريف « من بدّل دينه فاقتلوه »[١] . وحد المرأة والرجل في ذلك سواء عند الائمة ما عدا ابا حنيفة ، فانه قال لا تقتل المرأة بل تحبس حتى تسلم[٢] .

التعزير

الحدود التي قدمنا بيانها هي العقوبات العامة المقدّرة شرعاً . انما توجد بعض الاحوال التي لا تدخل في فئة تلك الحدود ، ولكن الحاكم يحكم فيها بعقوبة تسمى التعزير . والتعزير لغة كالحد معناه المنع . وشرعاً هو العقوبة التأديبية التي يفرضها الحاكم على جناية او معصية لا حدّ فيها .

ويكون التعزير بصورة خاصة في الاحوال التي تكون شروط الحدود فيها غير متوافرة جميعها . مثاله : لو سرق أحد شيئاً قيمته دون نصاب السرقة ، او لو اختلس أحد مالا او غصبه ، او لو قذف أحد آخر بغير تهمة الزنا ، كما لو شتمه وقال له يا فاسق او قال للفقيه يا حمار ، وما أشبه . ففي كل هذه الامثلة ونظائرها ، لا حدّ على السارق او الآخذ او القاذف ، لعدم توافر شروط الحدّ الشرعي . ولكن لما كانت هذه الافعال محرمة وكانت من المعاصي التي يأباها الدين والآداب ، كان من الخطل تركها بلا عقاب ، وكان من ثم من المستحسن بل من الضروري تعزير فاعلها .

وكذلك يكون التعزير في أحوال أخرى ليس من جنسها حد على الاطلاق . وهذه الاحوال العديدة متنوعة لا حصر لها . مثاله لو صفع احد آخر صفعاً لا يوجب القِصاص ولا الدية ، عزره الحاكم . وكذلك نقل ابن نجيم عن العيني انه اذا اشتهر

---

(١) رواه البخاري واحمد واصحاب السنن الاربعة . راجع صحيح البخاري وشرحه للعيني (ج ٢٤ ص ٧٩) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٣٥١) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٥٥٩) .

(٢) في لبنان توجد احكام خاصة لتغيير المذهب في نظام سجل النفوس الصادر في اول كانون الاول سنة ١٩٢٤ . وكذلك نص القرار رقم ٦٠ ل. ر. الصادر في ١٣ اذار سنة ١٩٣٦ المتعلق بالطوائف الدينية (في المادة ١١) على انه يجوز لكل راشد عاقل ان يبدل مذهبه . ولكن هذا القرار لا يطبق على المسلمين عملا بالقرار رقم ٥٣ ل . ر . المؤرخ في ٣٠ اذار سنة ١٩٣٩ .

رجل بايذاء النـاس بشره وفساده وتزويره كان للقاضي ان ينفيه عن البلد ، ونقل عن أبي الفضل ان للقاضي ان يحبس اللص المعروف بالسرقة حتى يتوب [١] . وايضاً قال ابن البزاز بانه اذا تشاتم الخصمان عند القاضي فان له حبسهما وتعزيرهمـــا حتى لا يعودا الى مثله [٢] .

ولما كانت الغـــاية من التعزير هي الزجر والتأديب ، وكان الناس في ذلك متفاوتين ،فمنهم من « تكفيه الملامة والاشارة »، ومنهم من « لا يقرع الا بالعصا »، كان الحاكم في التعزير مخيراً بين التوبيخ والضرب والصفع والحبس والنفي ، وكان له عند أبي يوسف التأديب بأخذ المال ايضاً [٣] . وروى ابن نجيم عن عمر بن الخطاب انه هدم بيت الخمّار وأمر بتخريب دار الفاسق [٤] .

وقد اختلف في عدد الضرب في التعزير . فقال بعضهم ، كأحمد بن حنبـل في الرواية المشهورة عنه وأهـل الظاهر ، ان لا يزاد التعزير على عشر جلدات ، عملاً بالحديث الشريف : « لا يجلد فوق عشر جلدات ، او عشرة اسواط ، إلا في حدّ من حدود الله » [٥] .

وقالت طائفة اخرى ان هذا الحديث منسوخ ، لان الصحابة جاوزوا في التعزير عشر جلدات . ولكنها اعتبرت ان الضرب يجب ان ينقص عن ادنى الحدود ، وهو عند الحنفية اربعون سوطاً ، وعند الشافعي مثله للحر وعشرون سوطاً للعبـــد . ودليلهم الحديث الشريف : « من بلغ حدّاً في غير حدّ فهو من المعتدين » [٦] . هذا إلى ان « العقوبة على قدر الاجرام والمعصية ، والمعاصي المنصوص على حدودهـا اعظم من غيرها فلا يجوز ان يبلغ في اهون الأمرين عقوبة اعظمها » [٧] .

---

(١) راجع رسالته الثالثة عشرة ، بعنوان « اقامة القاضي التعزير على المفسد من غير توقف على مدع » ، المطبوعة بآخر كتاب غمز عيون البصائر للحموي ، ص ٤٦ .

(٢) الفتاوى البزازية ، ج ٢ ص ١٩١ (بهامش الهندية) .

(٣) فتح القدير ، ج ٤ ص ٢١٢ .

(٤) الرسالة الثالثة عشرة المذكورة .

(٥) اخرجه البخاري ومسلم واحمد واصحاب السنن الاربعة . راجع صحيح البخاري وشرحـه للعيني (ج ٢٤ ص ٢٣) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ١٢٦) ، وشرحه للنووي (ج ١١ ص ٢٢٢) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٤٩١ » والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٩٩٥١) .

(٦) نقله السيوطي عن البيهقي ، في الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٨٥٦١ .

(٧) المغني ، ج ١٠ ص ٣٤٨ .

واخيراً قال البعض ، ومنهم مالك بن انس ، انه لا ضبط لعدد الجلدات ، وان للقاضي ان ينقصها او يزيدها بالقياس الى تفاوت المجرمين والجرائم والى ما تقتضيه المصلحة من الزجر والتأديب . واوّلَ اصحاب مالك حديث العشرة الأسواط بأنه مختص بزمن النبي (ص) ليس إلا ، واستندوا ، فيما استندوا اليه ، إلى ما روي عن عمر بن الخطاب انه حكم على معن بن زائدة ، بسبب تزويره خاتم بيت المال ، بالجلد مائة وبالحبس وبالنفي . وهنالك اقوال اخرى لا مجال لسردها [1] .

وصفة التعزير انه كالحدود يتعلق به حقان ، حق الله وحق العبد. فاذا كان حق العبد اغلب ، كما في الشتم والضرب وما اليها ، سقط التعزير بعفو المتضرر . ولكن اذا كان حق الله اغلب ، كما في التزوير واعتياد الفساد والاضرار بالناس وما شابه ، فلا تأثير للعفو ، بل يبقى حق السلطنة ، يستوفيه الحاكم لاجل التقويم والتهذيب . والحاكم متى بلغته المعصية ، مجبر على التعزير لا مخيّر ، وذلك عند جمهور الائمة ماعدا الشافعي [2] .

فالتعزير اذن ، وان كان بخلاف الحدود غير مقدّر ، الا انه شبيه بها من ناحية كونه يستوفى في غالب الامر كعقوبة عامة . وأنت ترى من ذلك ان التعزير في الشرع الاسلامي وسيلة عادلة مرنة ، تفسح للحاكم المجال للعمل وفاقاً للمصلحة العامة ، التي تقضي بزجر المفسدين وتأديبهم ، حفظاً لراحة الاهلين في المجتمع وصيانتهم من كل عبث وعدوان .

وعلى الجملة ، فهذا دليل آخر جديد على ان الشريعة الاسلامية ليست من الجمود بحيث رماها به بعض الناس . بل هي على العكس قابلة للتطور والتبدل بحسب المصلحة في كل عصر وزمان . وانما التعزير ليس الا وسيلة كغيرها من الوسائل ، تجيز للقاضي ان يتوسع في تطبيق الاحكام الجزائية [3] حسب كل واقعة وحسب كل

---

(١) راجع في اختلاف المذاهب في هذه المسألة : شرحي العيني والنووي المذكورين ، والمغني في الموضع المذكور ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢٣٠٥) ، والهداية (ج ٦ ص ٩٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٥٨) ، والبيجوري على ابن قاسم الغزي (ج ٢ ص ٢٤٠) .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي (المطبعة المحمودية بمصر ، ص ٢٢٩) ، وفتح القدير (ج ٤ ص ٢١٢-٢١٣) .

(٣) راجع ما أبداه مندوبو الازهر الشريف في هذه المسألة امام مؤتمر القانون المقارن المنعقد في لاهاي في آب عام ١٩٣٧ ، في النشرة الفصلية لجمعية التشريع المقارن :
Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée
(لسنة ١٩٣٧ ص ٣٥٦-٣٥٧) .

مجرم ، لاجل التوصل الى الغاية المقصودة من كل عقوبة عامة ، وهي ردع المجرم وتأديبه وزجر امثاله عن تقليده . وهذا بلا ريب باب واسع لاقتباس ما حسن من القوانين الجزائية العصرية اذا اقتضى الامر ، ولمجاراة تيار المدنية والحاجات الاجتماعية المتقلبة .

الضمان في الحدود

ان ما أوضحناه في هذا الفصل يتعلق بالناحية العامة المحضة لبعض الافعال المحرمة ، بصفتها من حقوق الله ، ويتعلق بالعقوبات او الحدود التي تفرض على مقترفها . ولم يسمح لنا المجال بالتوسع اكثر مما توسعنا . بل ان ما ذكرناه عنها لهو كثير بالقياس الى موضوعنا الاصلي ، وهو الضمان او المسؤولية الناشئة عن هذه الافعال المحرمة من ناحيتها المدنية الخالصة .

ومن الطبيعي انه اذا كان الفعل الموجب للحد ليس فيه إلا حق الله الخالص دون حق العبد ، أي اذا كان ضرره عاماً فقط دون ان يصاب به أحد من الناس ، كما في شرب الخمر والردة العادية عن الاسلام ، فلا يكون لاحد ان يطالب الفاعل بالضمان على الاطلاق .

وكذلك اذا اجتمع في الفعل المحرم حق الله وحق العبد ولم يكن الضرر مادياً متقوّماً بالمال ، كما في الزنا والقذف ، فالحد يعتبر كافياً كعقوبة عامة عن حق الله وكتعويض أدبي عن حق العبد المتضرر ، ولا ضمان على الفاعل غير ذلك .

أما لو كان الفعل المحرم الموجب للحد قد سبب خسارة مادية لاحد الناس فهل يضمن فاعله تلك الخسارة ؟ مثاله في السرقة ، هل يجب على السارق عدا الحد ان يعيد المال المسروق او ان يضمن قيمته اذا تلف ؟ الجواب يحتاج الى التفصيل بين حالتين : حالة بقاء المسروق بعينه وحالة تلفه .

ففي الحالة الاولى ، لا خلاف ولا شك في ان للمسروق منه ان يستعيد ماله ، بدليل الحديث الشريف : « من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به »[1] . واذا حصلت زيادة في المال ، فهي لصاحبه ايضاً . وكذلك لو كان السارق قد تصرف بالمسروق بالبيع او الهبة او بغيرهما من اسباب التصرف ، فلصاحبه ان يسترده من

(١) قطعة من حديث رواه ابو داود السجستاني في سننه ، ج ٣ رقم ٣٥٣١ .

المشتري أو من الموهوب له أو ممن اتصل اليه . ولكن عند تغيير المسروق أو نقصانه أو اختلاطه بمال آخر ، يكون حكمه كحكم المال المغصوب كما سنرى في محله .

أما في الحالة الثانية ، أي اذا تلف المال المسروق بالهلاك أو بالاستهلاك ، فهل يجب على السارق ضمان مثله أو قيمته ؟ في المسألة خلاف بين الفقهاء يتلخص في أقوال ثلاثة : —

اولها للشافعي واحمد بن حنبل وغيرهما . ففي هذا القول اذا تلف الشيء لمسروق ، يلزم السارق أن يعطي صاحبه مثله أن كان مثلياً وقيمته يوم السرقة ان كان قيمياً . ولا يسقط هذا الضمان باقامة الحد ، لان في السرقة حق الله وحق العبد ، فالحد استيفاء حق الله والضمان استيفاء حق العبد ، ولا يمنع وجود احدهما من لزوم الآخر . « وكذلك قاطع الطريق وكل من اتلف لانسان شيئاً مما يقطع فيه أو لا يقطع ، فلا فرق بين ذلك ، ويضمنه من اتلفه ، والقطع لله لا يسقط غرمه ما اتلف للناس »[١] .

والقول الثاني ، وهو للامام مالك ، يوجب الضمان على السارق اذا كان موسراً ، متصل اليسر من يوم السرقة الى يوم اقامة الحد . ولكنه ، خلافاً للقول الاول ، لا يوجب الضمان على السارق المعسر ، « اذ لا يجتمع عليه عقوبتان ، اتباع ذمته وقطع يده »[٢] .

والقول الاخير ، وهو المختار عند الحنفيين والثوري وابن شبرمة وغيرهم ، لايوجب مع الحد الشرعي اي ضمان على السارق عند هلاك المسروق او استهلاكه ، لان الحد والضمان أو القطع والغرم لا يجتمعان . ويعللون ذلك بان السارق اذا ضمن المسروق يتملكه منذ وقت الاخذ ويكون قد أخذ ملكه ، ومن ثم لا يجوز اعتباره سارقاً ولا اقامة الحد عليه . ويستندون أيضاً الى الحديث الشريف : « لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد »[٣] .

---

(١) الام ، ج ٦ ص ١٣٩ . راجع أيضاً المهذب (ج ٢ ص ٣٠١) ، والمغني (ج ١٠ ص ٢٧٩) .

(٢) التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق ، بهامش الحطاب ج ٦ ص ٣١٣ .

(٣) هذا لفظ رواية النسائي كما نقله ابن حجر في بلوغ المرام (ص ٢٣٨) . وفي الهداية عن الدارقطني جاء الحديث بلفظ آخر : « لا غرم على السارق بعد قطع يمينه » . راجع الهداية وشرحها فتح القدير (ج ٤ ص ٢٦٢) .

وهذا القول الاخير ، كما ترى ، فيه حرج على الناس وضرر كبير . فالحديث المذكور ضعّفه الكثيرون من الفقهاء ، ولم يُروَ على كل حال في الصحيحين ولا في غير النسائي من كتب السنن . هذا الى ان النسائي بيّن انه حديث منقطع ، وقال ابو حاتم انه منكر [١] . اما التعليل العقلي الذي استندوا اليه ، فهو مبني على اعتبار ان الضمان يملك السارق المسروق منذ يوم الاخذ . ولكن هذا الاعتبار غير وجيه ، ولسنا نرى ما يبرر تمليك شيء بعد تلفه وانعدامه ، ولا ما يفسر الأثر الرجعي لهذا التمليك في الماضي .

ولذا اوجد الحنفيون بعض المستثنيات لقاعدتهم القاسية . واهمها :

اولا - اذا هلك المسروق او استهلك ولم يحصل القطع لسقوط الحد بالشبهة او بسبب آخر ، كان على السارق ضمان المسروق .

ثانيا - اذا ارتكب السارق سرقات متعددة ، فانه لا يحدّ الا مرة واحدة كما نعلم . واذا اقيم الحد على السارق بحضور احد المسروق منهم فقط وبغيبة الباقين ، فالصاحبان ابو يوسف ومحمد بن الحسن يقولان بان السارق « ضامن السرقات كلها الا السرقة التي قطعت يده بالخصومة فيها » [٢] .

ثالثا - « روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة . فاما ديانة فيفتي بالضمان ، لِلُحُوق الخسران والنقصان المالك من جهة السارق » [٣] .

وفيما عدا السرقة نجد امثلة عن الضرر المادي في احوال اخرى من الحدود ، مثاله ما يتلفه البغاة من اموال اهل العدل في حال القتال . فهؤلاء البغاة لا يضمنون ما اتلفوه عند جمهور الفقهاء ، لان هذا احسان اليهم يغريهم ويتألفهم على العودة الى طاعة الامام ، بعكس تضمينهم فانه يبعدهم عن ذلك وينفرهم عن الرجوع الى الاسلام . ولكن قيل في رواية عن الامامين الشافعي واحمد بن حنبل أن اهل البغي يضمنون ما يتلفون ، جزاء لهم وعبرة لامثالهم ورعاية لحقوق الناس [٤] .

وكذلك أيضاً يجب الضمان في احوال اخرى من الحدود . فعند الحنفيين

---

(١) بلوغ المرام في الموضع المذكور .

(٢) المبسوط ، ج ٩ ص ١٧٦ - ١٧٧ .

(٣) فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦٣ .

(٤) المغني (ج ١٠ ص ٢) ، والمبسوط (ج ٩ ص ١٨٢) ، والميزان للشعراني (ج٢ ص١٥٨) .

انفسهم ، يجتمع الحد والضمان ، خلافاً لقاعدتهم في بعض المستثنيات ، كما لو زنى احد بجارية بكر لآخر او لو شرب خمر الذمي . فهنا عدا الحد الواجب في الحالتين، يضمن المجرم نقصان البكارة في الحالة الاولى ويضمن قيمة الخمر في الحالة الثانية [١] .

وأخيراً لا بد من الملاحظة ان ما قدمناه يتعلق بالافعال التي يعاقب عليها بالحد الشرعي . أما الافعال المحرمة الاخرى ، التي فيها اخذ مال الغير بدون حق ، سواء أكان عليها تعزير أم لم يكن ، فان الضمان فيها تابع لاحكام الغصب والاتلاف ، كما سنبينه في موضعه قريباً .

---

(١) تنقيح الحامدية ، ج ١ ص ٢٩ .

الفصل الثالث

الجنايات والجرائم الجثمانية

تمهيد

كلمة الجناية او الجريمة في اللغة معناها الذنب . وفي الاصطلاح الفقهي هي كل اعتداء على الجسد او العرض او المال . وقد خصصت كلمة الجنـــاية اليوم لمعنى الجريمة الخطيرة التي يعاقب عليها بالعقوبات الارهابية [1] . وكذلك اطلقت هـــذه الكلمة في كتب الفقه بصورة خاصة على الجنـاية الواقعة على الابدان او الاجساد فقط ، كالقتل وقطع الاعضاء والجرح . ونحن نستعملها هنــا بهذا المعنى الخاص الاخير [2] .

ولا مراء في ان الجنايات الجثمانيـة بوقوعها على نفس الانسان كانت ولا تزال من أهم الجنـــايات التي استحقت وتستحق اكبر العقوبات . ولقد كان الثأر او الانتقام الشخصي أساس النظام الجزائي في العصور القديمة . فلا غرو من ان نجـد الشرائع القديمة قاسية على الجاني ، لأجل زجره ، ولأجل حقن الدماء والمحافظـــة على النفوس .

ومن البديهي في تلك الشرائع ان يكون قـانون القصـاص [3] ، الذي يقضي على الجاني بمثل ما جناه ، هو العقوبة التي تؤدي هذه الغاية من ناحيـة الزجر ومن ناحية اطفاء ثورة الانتقام . فقـديماً قال حكماء العرب : « القتل انفى للقتل » .

---

(١) راجع بيان هذه العقوبات في المادة الثالثة من قانون الجزاء العثماني والمادة ٣٧ من قانون العقوبات اللبناني .

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١٦٥ .

(٣) Lex talionis

والقصاص قانون يقضي به العــدل الغريزي والمساواة الفطرية . وهل يرضي اهل القتيل غير قتل القاتل ؟ وهل يكفيهم غير القِصاص لرد جموحهم الطبيعي ولارواء ظمأهم للثأر ؟

ولكن ، بتطور الامم من حياة البداوة الى حياة المدنية والحضارة ، تغيرت صفة العقوبات ، فخف عنصر الثأر شيئاً فشيئاً ، وقام مقامه عنصر الزجر والتأديب ، حتى ان هذا أصبح اليوم العنصر الاساسي لنظام الجزاء .

وكذلك كان من تأثير المدنية التدرّج في تخفيف العقوبات جميعاً . ولسنا نرى اليوم من قانون القصاص الا الاعدام في القتل ، اى مقابلة القاتل بمثل فعله . أما في باقي الجراح والجرائم الجنائية ، فقد زال القصاص من الشريعة الجزائية واخــذت مكانه عقوبات اخرى أخف منه ، أهمها الحبس والغرامة المالية .

القصاص في الشرع الاسلامي

ليس من يجهل ما كانت عليه العرب في جاهليتهم من حياة بسيطة ، عمادهـــا القبيلة وقوتها . فكان اذا جنى احد افراد القبيلة على احد من قبيلة اخرى ، قامت قبيلة المعتدى عليه تطالب بدمه وتثأر له ، حتى اذا اقتصت من الجاني أو من قبيلته هدأت واطمأنت معتبرة ذلك وحده حافظاً لكرامتها ووافراً لعزها ومكانتها . ومن الطبيعي ان يستتبع هذا ما نقرأه عن تفاخر عرب الجاهليـــة بقوتهم وبحبهم للثأر ، وعن اقتتالهم فيما بينهم ، وعما ينتج عن ذلك من عداوة وغلظة . ولم يكن عندهم للثأر حــدّ ، بل لم يكن يوقف انتقامهم لقتيل واحد غير افنـــاء قبيلة بأسرها[1] .

هكذا كانت حالة العرب عندما جاء النبي العربي (ص) برسالته التشريعية . فلذا لما أقر القرآن الكريم قاعدة القصاص ، كان ذلك اوفق ما يكون لحاجة العرب ، وانجع ما يكون لوضع نظام الجنايات على اساس عادل حاسم للمنازعات .

وبعد ان كان الامر فوضى في الاقتصاص ، أصبح مرتكزاً على مبدأ المماثلة وعلى الآية الكريمة : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »[2] ، وعلى

---

(١) شرح العناية على الهداية (بهامش فتح القدير) ج ٨ ص ٢٤٨ .

(٢) البقرة (٢) ١٩٤ .

آيات اخرى صريحة هي : « يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القِصاص في القتلى .. »[١] « وكتبنا عليهم فيها ان النفسَ بالنفسِ والعينَ بالعين والأنف بالأنف والأذُنَ بالأذن والسنّ بالسن والجروحَ قِصاص » [٢] .

فإذنْ وضع القرآن الكريم القصاص للقتل والقطع والجراح . وقد خصّصته السنّة وحصرته في جنايات العمد وفي المواضع التي تصح فيها المماثلة ، على ما سيأتي بيـــانه .

ومن مقاصد القصاص الانتقام وتشفي الصدور ودرك الغيظ ، كما صرح بذلك الفقهاء . فبعبارة السرخسي ، « ان الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام وشفاء الصدر المولي ودفع الغيظ عنه » [٣] . ولكن القصاص ، وان كان فيـــه التشفي او الجبر على هذا الوجه ، الا انه عقوبة تقصد في الاصل الى الارهاب والزجر للمصلحة العـــامة . ويؤيد ذلك ما ورد في القرآن الكريم : « ولكم في القصاص حيـــاة يا اولي الالباب » [٤] .

صفة القصاص

القصاص في الشرع الاسلامي عقوبة خاصة . فلذا جاز فيها العفو والصلح . ففي الآية الكريمة : « ... فمن عُفِيَ له من أخيه شيءٌ فاتّباعٌ بالمعروف وأداءٌ اليه باحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عـــذاب اليم » [٥] . ويفسر ذلك ما كانت عليه العرب من حياة قَبَلِيّة . فـــلم يكن من المصلحة ترك العداوة والبغضاء بين القبائل المختلفة ولا التغاضي عمـا يجر ذلك من التنافر والفتن . بل كانت المصلحة كل المصلحة في ايجاد الصلح بين تلك القبـــائل والسعي لابادة الاحقاد ما امكن ، حتى يعم الوئام بينها وتوطد العلاقات الجوارية الحسنة ، التي هي أساس الحياة الاجتماعية .

---

(١) البقرة (٢) ١٧٨ .

(٢) المائدة (٥) ٤٥ .

(٣) المبسوط (ج ٢٦ ، ص ٦١) . راجع ايضاً شرح الزيلعي على الكنز (ج ٦ ص ١٠٧)، والمهذب (ج ٢ ص ١٩٦) .

(٤) البقرة (٢) ١٧٩ .

(٥) البقرة (٢) ١٧٨ .

انما لا بدّ من الاضافة بان هـــذه العقوبة الخاصة قريبة من العامة من اوجه عديدة . أهمها الآتية : —

اولا — لم يكن أمر تنفيـذ القصاص متروكا الى الاولياء عند جمهور الفقهاء ، بل نيط ذلك بالسلطان او توقف على اذن منه[١] . وايضاً اذا لم يكن للقتيل وارث أو ولي يطلب استيفاء القصاص ، كان الحاكم هو الولي . وله قتل القاتل او الصلح معه ، ولكن ليس له العفو عنه « لانه ضرر للعامة »[٢] .

ثانياً — لا تأثير للصلح ولا للعفو عند مالك وعلماء أهل المدينة اذا كان القتل قد جرى غيلة ، اي بصورة خداع القتيل وادخاله الى موضع وقتله خفية لاجل أخـذ ماله . فعلى الرغم من الصلح والعفو ، للسلطان في هـــذه الحال ان يحكم على القاتل بالاعدام باعتباره من فئة المحاربين . ومثله في قطع الاطراف ، كما لو قطع أحد يد رجل او فقأ عينه على وجـه الغيلة ، فللحاكم ان يقتص من الجاني حتى يتوب[٣] . ثم عند مالك والاوزاعي وأهل المدينـة ، من قتل آخر عمداً بدون غيلة فعفى عنه أولياء القتيل او تصالحوا معه ، فان الحاكم يجلده مائـــة سوط ويحبسه او ينفيه سنة[٤] .

ثالثاً — عرفنا من بحث الحدود والتعزير في الفصل السابق ان للحاكم رغم العفو او المصالحة ان يؤدّب الجاني بطريق التعزير بانواعه المختلفـــة ، من تعنيف وصفع وجلد وحبس ونفي . وللحاكم ايضاً ان يقتل بطريق السياسة كل من تكرر منه القتل او سعى في الارض فساداً[٥] .

فهذه الادلة جميعاً وما اليها تؤيد ما ذهبنا اليه من ان القصاص ليس بعقوبة خاصة محضة ، بل هو عقوبة شبه عامة ، بما فيها من الولاية العامة للسلطان ، اذ هو يستوفيها او يستبدل بها ما يقوم مقامها ، ليكون ذلك زجراً للمجرمين والمفسدين وعظة وعبرة لامثالهم .

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٧ .

(٢) الدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ٦٨٨) ، والمغني (ج ٩ ص ٤٧٦) .

(٣) المدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٢٩—٢٣٠) ، ومواهب الجليل (ج ٦ ص ٢٣٣) ، والام للشافعي (ج ٧ ص ٢٩٩) ، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٤٦) .

(٤) المغني (ج ٩ ص ٤٦٧)، والمحلى (ج ١٠ رقم ٢٠٦٩)، وبداية المجتهد (ج٢ص٣٣٥).

(٥) الاختيار شرح المختار للموصلي (ج ٣ ص ١٦١) ، والمبسوط (ج ٢٦ ص ١٢٤) .

العقوبات الاخرى للجنايات

ان الجنايات الجنائية هي القتل وقطع الاطراف والجراح، وان القصاص شرع عقوبة لها بحالة العمد في المواضع التي يصح فيها الجزاء بالمماثلة. وعند عدم القصاص، يجب على الجاني دفع الدِّية او الأرْش او حكومة العدل.

فالدية هي ما يؤدّى من المال بدلا من النفس. والأرْش اسم لما يدفع في الجناية على ما دون النفس [١]. اما حكومة العدل فهي ما يقدره الحاكم، في الاحوال التي لا تقدير فيها، وفاقاً للاحكام التي سنبينها. وجميع هذه العقوبات المالية، فوق صفتها عقوبة خاصة، يندرج فيها معنى الضمان للمتضرر او لورثته.

ولا بد من الاشارة اخيراً الى ان الشرع الاسلامي، لمّا كان مزيجاً من الدين والقضاء بآن واحد كما نعلم، قد اوجد عقوبات دينية الى جانب العقوبات الدنيوية التي ذكرناها. وهذه العقوبات الدينية هي الاثم والكفارة. ونحن طبعاً لا نتعرض لها هنا، بل نكتفي فقط بكلمة سريعة عن احكام القصاص والديات، لنعود بعد ذلك الى مسألة الضمان في الجنايات [٢].

القتل العمد

القتل انواع: عمد، وشبه عمد، وخطأ، ومـــا أجري مجرى الخطأ، وقتل

---

(١) هذا تعريف الكافي كما ورد في الفتاوى الهندية، ج ٦ ص ٢٥.

(٢) راجع في الجنايات: المبسوط (ج ٢٦ ص ٥٨ وج ٢٧ ص ٨٤ وما بعدها)، والهداية (ج ٤ ص ١٢٨)، وفتح القـدير (ج ٨ ص ٢٤٤)، والبحر الرائق (ج ٨ ص ٢٨٦)، والبدائع (ج ٧ ص ٢٣٣)، والزيلعي (ج ٦ ص ٩٧)، والاختيار شرح المختـــار (ج ٣ ص ١٥٤)، والام (ج ٦ ص ٢)، والمهذب (ج ٢ ص ١٨٤)، والبيجوري على ابن قاسم (ج ٢ ص ٢٠٥)، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ١٠٦)، والخرشي على سيدي خليـــل (ج ٥ ص ٢٤٤)، والحطاب والمواق (ج ٦ ص ٢٣٠)، وابن جزي (ص ٣٤٤)، والمغني والشرح الكبير (ج ٩ ص ٣١٨)، والروض المربـع (ج ٢ ص ٣١٩)، والمحـلى (ج ١٠ رقم ٢٠١٨ وما بعده)، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٢٧)، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٤٦)، ورد المحتار على الدر المختار (ج ٥ ص ٤٦٦)، ومجمع الانهر (ج ٢ ص ٦١٤)، والوجيز (ج ٢ ص ١٢١)، ومنهاج الطالبـين (ص ١٠٦)، والجامع الكبير (ص ٣٤٦)، والجامع الصغير لمحمد بن الحسن (بهامش كتاب الخراج، ص ١١٤).

تسبب ، وقتل بحق . ونحن نبدأ اولا بقتل العمد . وهو ان يقصد الجاني القتل فيضرب القتيل بشيء يقتل في الغالب ويموت المضروب من ذلك .

وعقوبة هذا القصاص او الاعدام [١] في الشرع الاسلامي وفي كثير من الشرائع القديمة والحديثة . والعمد معناه هنا القصد ، ولولم يكن فيه سبق تصور وتصميم . وكذلك في القانون الانكليزي ، لا يشترط التصور والتصميم في قتل القصد لاستحقاق عقوبة الاعدام [٢] . ونحن نرى ان هذا عدل وأي عدل ، بل نراه ضروريا لأجل تقليل جرائم القتل ولأجل حماية الناس في المجتمع . ولكن بعض القوانين الجزائية ، ومنها القانون العثماني (المادة ١٧٠) واللبناني (المادة ٥٤٩) ، اشترطت لاعدام القاتل أن يكون العمد بمعنى سبق التصور والتصميم .

ويشترط للقصاص شروط في القاتل والمقتول . ففي القاتل ، ينبغي أن يكون عاقلاً بالغاً ، وان لا يكون والداً للقتيل . فعليه لا قصاص على الصغير والمجنون والمعتوه . وكذلك لا قصاص على الوالد اذا قتل ولده ، لشبهة انه في الظاهر يقصد تأديبه لا قتله ، مع قول الامام مالك ان على الوالد القصاص اذا قتل ولده على وجه العمد المحض ، كما لو ذبحه أو شق بطنه [٣] . ويجب في كل ذلك دفع الدية عند عدم القصاص .

واذا كان القاتل مكرهاً على القتل ، أي مأموراً بمن يلزمه طاعته كالسلطان أو بمن يخافه ، فالقصاص على المكرِه والمكرَه أو الآمر والمأمور معاً عند مالك وأحمد بن حنبل وعند الشافعي في احدى الروايتين عنه ، وعلى الآمر وحده عند أبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن وعند الشافعي في الرواية الثانية عنه ، وعلى المأمور دون الآمر عند زفر وفي المذهب الظاهري . اما ابو يوسف فقد قال بان لا قصاص على احد منهما [٤] .

ويشترط في المقتول ان يكون دمه مساوياً لدم القاتل أو أعلى منه من حيث

---

(١) يقال للقصاص ايضاً القود ، لان الجاني يقاد فيه الى محل التنفيذ .

(٢) راجع كتاب هاريس ، قانون العقوبات ، ص ١٤٧ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ٣٤٦ .

(٤) المغني (ج ٩ ص ٣٣٠–٣٣١) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٠٣) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٢٤) ، ومجمع الضمانات (ص ٢٠٤) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٢٤) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٧٩) ، والفروق للقرافي (ج ٢ ص ٢٠٨) .

لحرية والدين ، الا عند ابي حنيفة فانه يقول بقتل الحر اذا قتل العبد وبقتل المسلم اذا قتل الذمي .

ويستوفى القصاص عند جمهور الفقهاء باعدام القاتل بنفس الطريقة التي قتل بها ، اذا كانت غير محرمة بعينها ، تحقيقاً للمماثلة في العقاب . ولكن ابا حنيفة وابن حنبل في احدى الروايتين عنه قالا بان القصاص لا ينفذ الا بالسيف ، وفاقاً للحديث الشريف « لا قَوَدَ الا بالسيف »[١] . وفي القصاص ، كما في الحدود على ما بيّناه ، لا تعدم المرأة الحامل المحكوم عليها إلا بعد وضع حملها .

والقصاص هو حق لأولياء القتيل .وهم ورثته في قول جمهور الفقهاء عدا مالك ، فقد قال إن الاولياء هم العصبة دون البنات والاخوات والزوج والزوجة .وللاولياء اسقاط حقهم في القصاص ، بأن يعفوا عن القاتل ، أو أن يتصالحوا معه على الدية أو على غير الدية .ولو عفا بعضهم دون البعض الآخر ، سقط القصاص لانه لا يتجزأ ، وبقي حق من لم يعف مقتصراً على نصيبه من الدية . ولا يجوز الصلح على الدية إلا برضى القاتل عند أبي حنيفة ومالك . ولكن عند الشافعي وأحمد بن حنبل ، للاولياء أن يختاروا أما القصاص واما الدية ، سواء أرضي القاتل بها أم لم يرض ، وذلك بالاستناد الى الحديث « من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إمّا ان يُقاد واما ان يُفدى »[٢] .

باقي أنواع القتل

ما قدمنا كان في القتل العمد . ونحن نتابع الآن بيان باقي أنواع القتل ، وهي :

أولاً — شبه العمد . وقد اختلف في تعريفه وحكمه . فهو بوجه عام أن يقصد الجاني الضرب ، لا القتل ، بآلة لا تقتل غالباً ، كالعصا الخفيفة ، وأن يموت المضروب من ذلك . وحكمه كقتل العمد عند مالك ، خلافاً لباقي الأئمة ، إذ ان

---

(١) اخرجه ابن ماجه (الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٩٩١٨) . وتنفذ عقوبة الاعدام اليوم بطرق مختلفة . اهمها : الشنق كما في بلادنا وفي انكلترا وبعض الولايات المتحدة الاميركية ، والقطع بالمقصلة (الكيلوتين) كما في فرنسا ،والكرسي الكهربائي كما في معظم الولايات الاميركية التي اقرت عقوبة الاعدام ، والرمي بالرصاص كما في بعض القوانين العسكرية (في لبنان المادة ١٥٠ من قانون العقوبات العسكري) .

(٢) اخرجه ابن ماجه والنسائي . ورواه السيوطي في الفتح الكبير (ج ٣ ص ٢٢٣) .

عندهم لا قصاص على القاتل بل عليه الدية المغلظة ، بالمعنى الذي سنوضحه .

ثانياً – قتل الخطأ المحض . وهو ان يرمي الجاني الى شيء ، كالصيد ، فيصيب رجلاً ويقتله ، أو بعبارة أبي يوسف الخطأ هـو ان يريد الانسان الشيء فيصيب غيره [1] . فهنا لا قصاص على الجاني ، بل تجب الدية العادية .

ثالثاً – ما أجري مجرى الخطأ . مثل النائم اذا انقلب على انسان او سقط عليه فقتله . فهذا النوم شبّه بقتل الخطأ وأعطي حكمه ايضاً .

رابعاً – القتل بسبب . وهو ان لا يقتل الجاني القتيل مباشرة ، بل يتسبب بقتله تعدياً ، مثلاً لو حفر الجاني بئراً او وضع حجراً في غير ملكه فوقع انسان فيه ومات . فالعقوبة هنا ايضاً الدية لا القصاص [2] . وسنرى الفرق بين المباشرة والتسبب مفصلاً في باب الاتلاف ، مع أمثلة اخرى عديدة .

ولكن اذا كان التسبب قد حصل تعمداً ، كما لو حكم الحاكم على رجل بالقتل ظلماً عالماً متعمداً واعترف بذلك ، او لو شهد شاهدان على رجل كذباً وتعمداً فأعدم بالاستناد الى شهادتهما ثم رجعا واعترفا بما فعلاه ، ففي ذلك القصاص على الجناة عند الشافعي وابن حنبل . والحكم كذلك عند مالك في مسألة القاضي الظالم لا في مسألة شهود الزور ، الا ما روي عن أشهب بن عبد العزيز القيسي المالكي انه قال بالقصاص في ذلك ايضاً . اما عند أبي حنيفة ، فلا قصاص فيما ذكرنا جميعاً ، لان الجناة لم يكونوا مباشرين ، بل متسببين كما في حفر البئر . وايضاً عنده لو حبس أحد آخر في بيت فطبق عليه الباب حتى مات لم يضمن شيئاً ولكن يعزر على ما صنع ، خلافاً لصاحبيه ابي يوسف ومحمد بن الحسن ، فعندهما يضمن الفاعل الدية لانه متسبب [3] .

خامساً واخيراً – القتل بحق . ينبغي في جميع انواع القتل التي قدمناها ان تكون قد حصلت بدون حق . اما اذا كان القتل بحق . كما في قتل الجلاد للمحكوم عليه ، او في القتل ضرورة دفاعاً عن النفس او عن المال او عن العرض ان لم

---

(١) كتاب الخراج ، ص ٩٣ .

(٢) المغني (ج ٩ ص ٥٦٤) ، والاختيار (ج ٣ ص ١٥٨) ، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٥) .

(٣) راجع المبسوط (ج ٢٦ ص ١٥٣ و ١٨١) ، والمغني (ج ٩ ص ٣٣٢) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٥ ص ٢٢٠ و ٢٢٢) .

يحصل الدفاع الا بالقتل ، فليس في ذلك قصاص ولا دية ولا ضمان [١] . مثاله لو رأى احد رجلاً يزني مع امرأته او أحد محارمه ، جاز له قتلهما عند الجمهور [٢] .

ومثله لو حكم الامام على رجل بالتعزير جلداً وفاقاً للبينة الشرعية فمات المضروب من ذلك ، فلا خلاف ان لا قصاص على الامام . وكذلك لا يجب عليه ولا على بيت المال دفع الدية لاولياء المقتول عند جمهور الفقهاء . ولكن الشافعي خالفهم وقال تجب الدية للورثة على عاقلة الامام . وقال بعض المشرقيين تجب على بيت المال [٣] .

القسامة

قبل ختام بحث جناية القتل لا بأس بكلمة في مسألة اثباتها بالقسامة ، وذلك عندما يوجد في محلة قتيل لا يعرف قاتله . فالقسامة عند البعض هي ان يحلف اولياء القتيل خمسين يميناً على صدق دعواهم ، وعند البعض الآخر هي ان يحلف المدعى عليه او اهل المحلة خمسين يميناً على براءتهم . وقد كانت القسامة معروفة في الجاهلية ، ثم اقرتها السنّة ومن بعدها اجماع الفقهاء ، ما عدا طائفة منها عمر بن عبد العزيز . فهؤلاء قالوا بعدم جواز الحكم بها على الاطلاق . وعلى كل فقد اختلفت المذاهب في شروطها واحكامها ، ونحن لا نرى مجالا لتفصيل ذلك ، بل نكتفي بذكر ما ورد عن القامة في مذكرة جمعية مجلة الاحكام العدلية [٤] .

ونص المذكرة : — « اذا وجد قتيل في محلة بمكان لا مالك له ، ولم يكن قاتله

---

(١) راجع عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني (ج ١٣ ص ٣٣ — ٣٦) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٣٤ و ٣٥١ — ٣٥٢) ، ومنهاج الطالبين (ص ١١٩) ، والام (ج ٦ ص ٢٦ — ٢٧) ، وكتاب الفروق للقرافي (ج ٤ ص ١٨٣ — ١٨٤) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١١٣) ، ومجمع الضمانات (ص ١٦٩) .

(٢) عمدة القاري (ج ٢٤ ص ٢١ — ٢٢) ، والمغني في الموضع المذكور ، ومجمع الضمانات (ص ١٧٢) . راجع خلافه في الام (ج ٦ ص ٢٥) .

(٣) راجع المبسوط (ج ٩ ص ٦٤) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٤٩) ، والام (ج ٦ ص ١٧١) .

(٤) هذه المذكرة تأيدت بالارادة السنية العثمانية الصادرة في ٣ رمضان سنة ١٢٩٣ هـ (٩ ايلول سنة ١٢٩٢ مالية ، او سنة ١٨٧٦ م) .

معروفاً ، وجبت القسامة والدية على اهل المحلة . اما اذا كان قاتله ثابتاً بالبينة او بالاقرار او كان معروفاً ، فلا قسامة ولا دية على اهل تلك المحلة . وكذا لو ادعى وارث القتيل على واحد معين من غير اهل المحلة التي وجد فيها القتيل بانه قتل مورثه ، سقطت القسامة والدية عن اهل تلك المحلة . ومثله ايضاً اذا ادعى الوارث على واحد معين من اهالي المحلة التي وجد فيها القتيل ، فتسقط القسامة والدية عن اهل تلك المحلة . وفي كلتا الحالتين لو شهد اهل المحلة للوارث بدعواه هذه قبلت شهادتهم . »

القصاص في الجنايات على ما دون النفس

ان الجنايات الواقعة على ما دون النفس فئتان : قطع الاعضاء او الاطراف ، والجراح . ويجب القصاص في بعض هذه الجنايات ، ان اقترفت عمداً وبشروط معينة . ولكن متى كانت على سبيل الخطأ او متى فقد منها احد الشروط المطلوبة ، كان على الجاني ان يدفع الدية او الأرش او حكومة العدل. وان شروط القصاص في هذه الجنايات هي نفس الشروط المطلوبة في قصاص القتل . وهي ان يكون الجاني عاقلاً بالغاً مختاراً وليس والداً للمجني عليه ، وان يكون دم المجني عليه عند جمهور الفقهاء مساوياً لدم الجاني او اعلى منه لجهة الحرية والدين ، كما اوضحنا .

وعلاوة على هذه الشروط العامة ، ينبغي لوجوب القصاص في جنايات قطع الاعضاء ان تتوافر فيها بعض الشروط الخاصة ، تحقيقاً للمماثلة بين الجناية وعقوبتها. وهذه الشروط هي :

اولا – يجب ان يكون العضو او الطرف قد قطع من مفصل كالكوع والمرفق. فعليه لا قصاص فيما لا مفصل له او لا حدّ ينتهي اليه . والباعث على ذلك هو التأمين والاحتياط في الاقتصاص من التلف او الزيادة والحيف .

ثانياً – يقتضي للعضو المطلوب قطعه قصاصاً ان يماثل العضو المقطوع في الاسم والموضع . مثاله تقطع اليد اليمنى جزاءً لقطع اليد اليمنى ، وتقطع اليسرى باليسرى ، وهكذا .

ثالثاً – ينبغي عند الجمهور استواء العضوين المجني عليه والمقتص منه . فعليه لا

تقطع مثلاً يد الجاني الصحيحة جزاء قطعه يداً شلاء ، ولكن العكس جائز .

ويقع القصاص بصورة خاصة في قطع او قلع العين والانف والأُذُن والجفن والشفة واليد والرجل والاصبع والمرفق ونحوها . ولا قصاص في كسر العظم لعدم التأكد من المماثلة ، الا في السن ، فان قلع يقلع وان كسر يكسر بقدره بمنشار او مبرد .

اما الجروح وشجاج الرأس ، فقد اختلف في ترتيبها وتعريفها وحكمها . فبعبارة ابن جزي ، « هي عشرة : اولها الدامِية وهي التي تدمي الجلد ، ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد ، ثم السِمحاق وهي التي تكشط الجلد ، ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم ، ثم المُتَلاحمة وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع ، ثم المِلْطأة وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم ستر رقيق ، ثم الموضِحة وهي التي توضح العَظم اي تظهره ، ثم الهاشِمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المُنَقِّلة وهي التي تكسر العظم ... ، ثم المأمومة وهي التي تصل الى امّ الدماغ وهي مختصة بالرأس ، والجائفة التي تصل الى الجوف وهي مختصة بالجسد »[1] .

والرأي السائد عند الفقهاء هو انه لا قِصاص في الجروح الا في الموضحة . وما عداها ففيه إما أرْش معيّن ، واما حكومة عدل يقدرها القاضي .

الديات

ان القصاص واجب عند جمهور الفقهاء في جنايات العمد ، سواء أوقعت على النفس أم على ما دونها . وكذلك هو واجب في جنايات شبه العمد عند مالك ، كما أوضحنا . وعكسه في كل جناية تكون عقوبتها القصاص اذا اقترفت عمداً ، تثبت فيها الدية اذا ارتكبت خطأ أي بدون عمد أو قصد . وهذا معنى الحديث الشريف : « العمد قَوَدٌ والخطأ دية »[2] ، ومعنى الآية الكريمة : « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ وديةٌ مسلمةٌ الى أهله »[3] .

فعليه تكون الدية واجبة عند عدم العمد في القتل وفي قطع الاعضاء التي تصح

---

(١) القوانين الفقهية ، ص ٣٥٠ .

(٢) اخرجه الطبراني في الكبير . ونقله السيوطي في الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٥٧٢٦ .

(٣) سورة النساء (٤) ، ٩٢ .

فيها المماثلة وفي الموضحة أي الجرح الذي يكشط اللحم عن العظم . وتجب الدية أيضاً في جنايات العمد عند سقوط القصاص بالصلح على الدية أو بعدم توافر أحد الشروط اللازمة ، كما في جناية الوالد على ولده أو في جناية القاصر والمجنون . فالقاصر ومن كان في حكمه كالمجنون لا يمكن تصور العمد عندهم بسبب انتفاء التمييز الكافي لتكوين القصد المطلوب للتكليف . ولذا جاء في الحديث : « عمد الصبي خطأ » [١] ، وقال علي بن أبي طالب عن الصبي « عمده وخطؤه سواء » [٢] .

ومقدار الدية الكاملة مائة من الابل . وهو تقدير يفسره ما كان ولا يزال لهذه الحيوانات من قيمة في بلاد العرب . وانواع هذه الابل من حيث أعمارها وجنسها معيّن ، وهو يختلف باختلاف الاحوال والمذاهب ، اختلافاً يضيق المجال عن تفصيله [٣] .

وقيمة الدية ، ان كانت من غير الابل ، الف دينار من الذهب ، او عشرة الاف درهم من الفضة عند الحنفيين واثنا عشر الف درهم عند مالك وابن حنبل . اما عند الشافعي في مذهبه الجديد ، فالدية في الاصل مائة بعير ، واذا تعذر هذا الاصل وجب بدله أي قيمة المائة الابل مهما بلغت . واستدل على ذلك بما روى ان قيمة الدية كانت على عهد النبي (ص) ثمانمائة دينار أو ثمانية الاف درهم ، وانها بقيت كذلك حتى استخلف عمر بن الخطاب ، فرأى أن الابل قد غلت فزاد الدية الى الف دينار أو اثني عشر الف درهم [٤] . فاذن تكون قيمة الدية متقلبة بتقلب قيمة الابل حسب كل زمان ومكان . وهو قول ، كما ترى ، وجيه مقبول .

ولا تجب الدية بشيء غير ما ذكرنا عند ابي حنيفة ومالك . ولكن عند الصاحبين وعند احمد بن حنبل وغيره من فقهاء المدينة يجوز دفع بدل الدية الفي

---

(١) ذكره الموصلي وغيره من الفقهاء الحنفيين . راجع الاختيار ، ج ٣ ، ص ١٧٢ .

(٢) الزيلعي على الكنز ، ج ٦ ص ١٣٩ .

(٣) فعند أبي حنيفة مثلاً ، الدية العادية هي عشرون ابن مخاض (أي في السنة الثانية من العمر) وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون (اي في السنة الثالثة) وعشرون حقة (اي في الرابعة) وعشرون جذعة (أي في الخامسة) . والدية المغلظة هي خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون وحقاق وجذاع . (الزيلعي ج ٦ ص ١٢٦ ، ونيل الاوطار للشوكاني ج ٤ ص ١٠٨ و ١٠٩) .

(٤) المهذب ، ج ٢ ص ٢١٠ .

شاة او مائتين من البقر او الحلل [١] .

وتكون الدية كاملة في جناية القتل . وكذلك هي كاملة في قطع بعض الاعضاء ، كالانف واللسان ، وفي ذهاب احد الحواس ، أو ذهاب العقل والبصر والسمع والشم والذوق والنطق . والدية كاملة ايضاً في قطع اليدين والرجلين والعينين والاذنين والشفتين ، ومن ثم يكون في كل واحدة من الزوجين نصف الدية . ويكون في الجفون الاربعة دية وفي الواحد ربعها . وايضاً تكون الدية كاملة في الاصابع العشرة ، ويكون الارش لكل اصبع عشر الدية . واخيراً لكل سن ارش قدره نصف عشر الدية .

اما في الجراح والشجاج ، فالارش هو ثلث الدية في جرح المأمومة او الجائفة ، وعشر ونصف العشر من الدية في جرح المنقلة ، وعشر الدية في الهاشمة ونصف العشر في الموضحة .

وفي قطع الاعضاء والجراح تفصيلات اخرى لا مجال لسردها . فقد اختلف في مسائل كثيرة . منها مثلاً قلع عين الاعور ، ففيها نصف الدية عند الشافعي وابي حنيفة والدية الكاملة عند مالك وابن حنبل . ومنها الخلاف في قطع لسان الاخرس وبتر اليد الشلاء ، وما الى ذلك .

وعلى كل حال ، ففي قطع الاعضاء والجراح التي تنقص المنفعة او الجمال والتي لا يوجد فيها قصاص وليس لها دية او أرش مقدّر شرعاً ، تجب غرامة متروكة الى تقدير القاضي وتسمى حكومة العدل . مثاله تجب هذه في كسر غير السن من العظام ، وفي الجناية على كل عضو لا منفعة فيه كتسويد الوجه وتعويج الرقبة ، وفي الجراح البسيطة والخدوش التي تؤثر في جمال الانسان ، وما الى ذلك .

وحكومة العدل عند جمهور الفقهاء هي « جزء من الدية نسبته الى دية النفس نسبة نقص الجناية من قيمة المجني عليه لو كان رقيقاً بصفاته التي هو عليها » [٢] . ومعنى ذلك ان المجني عليه يقوم كما لو كان عبداً قبل الجناية ثم يقوّم بعدها ، فالحكومة هي جزء من الدية بقدر الفرق بين القيمتين . هذا ما قال به الطحاوي من الحنفيين . ولكن للكرخي قولاً غيره ، وهو ان يكلف القاضي طبيبين عدلين

(١) بداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٤١) ، والمغني (ج ٩ ص ٤٨٢) ، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ١١٧) .

(٢) هذا كلام ابن قاسم الغزي . راجع شرحه للبيجوري ، ج ٢ ص ٢٢٧ .

ليعيّننا مقدار أهمية هذه الجناية بالنسبة الى ما عاثلها او يقرب اليها من الجنايات التي لها ارش مقدر ، ثم يحكم بالارش بنسبة هذا المقدار الى ارش الجناية المقدّر [١] .

وان ما قـــدمناه يتعلق بديات الرجال الاحرار المسلمين ، لان الانوثة والرق والدين أسباب تؤثر في نقصان الدية احياناً . فالمرأة ديتهـــا نصف دية الرجل في القتل بلا خلاف ، وفي باقي الجنايات الجنائية عند الشافعي وابي حنيفة .

ودية أهل الذمة مساوية لدية المسلم عند أبي حنيفة ، وهي على النصف منها عند مالك وابن حنبل ، وعلى الثلث عند الشافعي . وفي هذا أخرج البيهقي عن الزهري ان دية النصراني واليهودي كانت مثل دية المسلم في زمن النبي (ص) وابي بكر وعمر وعثمان ، وان معاوية أخذ نصف هـــذه الدية لبيت المال فبقي النصف لأهل القتيل، وان عمر بن عبد العزيز قضى لهم ايضاً بنصف الدية والغى حصة بيت المال [٢] . أما العبيد فديتهم هي قيمتهم مهما بلغت عند جمهور الفقهاء ، مع اشتراط أبي حنيفة وتلميذيه محمد بن الحسن وزفر وبعض الائمة أن لا تزيد هذه القيمة على دية الحر . وحجة الجمهور ان العبد مــال وان اتلافه يوجب ضمـــان قيمته كباقي الاموال المملوكة [٣] .

واخيراً لا بد من كلمة عن دية الجنين. فان ضربت امرأة حامل وبتأثير الضرب خرج الجنين حياً ثم مات فيجب في ذلك دفع الدية الكاملة . ولكن إذا خرج الجنين ميتاً وبقيت الام حية، كانت دية الجنين غرّة أي رقيقاً قيمته نصف عشر الدية وهو خمس من الابل . والغرّة في الرأي السائد عند الأئمة الاربعة هي لورثة الجنين . وقال بعضهم كالليث وربيعة هي للام خاصة ، لأن الجنين شبيه بعضو من اعضائها [٤] .

من يدفع الديات

كان النظام القبَلي أو العشائري عماد النظام الاجتماعي العربي في الجاهلية .وكان أهل القبيلة الواحدة متآزرين متعاضدين ، ينصرون بعضهم بعضاً ، ويتشاركون في

---

(١) البدائع ، ج ٧ ص ٣٢٤ .

(٢) نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٥٥ .

(٣) المغني (ج٩ص٣٨٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص٣٤٣) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٨).

(٤) المبسوط (ج ٢٦ ص٨٨و٨٩)،والمغني (ج ٩ ص٥٤٢)، وبداية المجتهد (ج٢ص٢٤٥).

السراء والضراء . وبسبب هذه الاخوة والالفة والتحالف ،كانت الاموال في القبيلة تكاد تكون مشتركة بين افرادها . فاذا اصيب احدهم بجناية طالبوا جميعاً بحقه ، وكذلك اذا جنى احدهم نصروه وعقلوا عنه، أي أدوا عنه الدية . فلذا سميت القبيلة عاقلة [١] . وسميت الدية معقلة ، لانها تعقل أي تمسك الدماء عن أن تسفك ، وقيل لأن ابل الديات تشدّ بالعقال في فناء ولي المقتول [٢] .

ولما جاءت الشريعة الاسلامية وأقرّت الدية كعقوبة وضمان، وجب في الاصل أن تقع كباقي العقوبات والضمانات على المجرم في ماله هو ، لا أن تقع على أهله أو قبيلته . وتأيد هذا الأصل بالآية الكريمة : « ولا تَزِرُ وازرةٌ وِزرَ اخرى » [٣] . وبمعناها جاء في الاحاديث الشريفة : « لا تجني نفس على نفس » . « لا يجني جان الا على نفسه ، لا يجني والد على ولده ولا مولود على والده » [٤] .

وعلى الرغم من ذلك ، فالسنّة واجماع الفقهاء اوجبا الدية على العاقلة في جناية الخطأ ، ومنها اسقاط الجنين . وألحق جمهور الفقهاء بديات الخطأ الدية في شبه العمد والدية في جناية الصبي والمجنون . وقد علّل الفقهاء التزام العاقلة هذا بما يجب عليها من نصرة أفرادها ودفع الضرر عنهم [٥] . وهو تعليل يؤيده تاريخ العرب في الجاهلية وما استمروا عليه بعد ذلك من عادة التعاون والنصرة .

ولكن التزام العاقلة على هذا الوجه ليس الا مستثنى من الاصل الذي قدمناه . فكان طبيعياً ان يحصر هذا الالتزام في جنايات الدم دون اتلاف الاموال ، لان الضمان في الاتلاف كما سنرى لا يكون الا في مال الفاعل المتلف . وكذلك ضيق الفقهاء التزام العاقلة حتى في جنايات الدم . فقد قال ابن عباس « لا تحمل العاقلة

---

(١) منها العائلة بالهمزة ، وهذا من تحريف العامة ، كما جاء في تفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا ، مطبعة المنار ، ج ٥ (١٣٢٨ هـ) ص ٣٣٧ .

(٢) الزيلعي ، ج ٦ ص ١٧٦ .

(٣) وردت هذه الآية في سور عديدة هي : الانعام (٦) ١٦٤ ، والاسراء (١٧) ١٥، وفاطر (٣٥) ١٨ ، والزمر (٣٩) ٧ .

(٤) الحديث الاول اخرجه احمد والنسائي . والثاني اخرجه احمد والترمذي وابن ماجه . كما جاء في نيل الاوطار (ج ٧ ص ٧٠) .

(٥) المهذب (ج ٢ ص ٢٢٩) ، والمبسوط (ج ٢٦ ص ٦٦ ، وج ٢٧ ص ١٢٥) .

عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً »[١] . وايضاً رفع عنها تحمل الدية والارش في احوال اخرى . وهاك ايضاحها جميعاً : —

اولا — في جنايات العمد ، بقي الاصل ان تدفع الدية او الارش من مال الجاني الخاص .

ثانياً — يدفع الجاني لا عاقلته كل دية وجبت باختياره لا بنفس القتل ، كما في الدية المصالح عليها مع اهل القتيل ، اذ هي لازمة بالعقد والعقد لا يسري الا على عاقده ، وكما في الدية المحكوم بها بالاستناد الى اعتراف الجاني دون بينة اخرى ، لان الاقرار حجة قاصرة تلزم المقر وحده دون عاقلته او أي امرىء آخر .

ثالثاً — في جناية العبد اذا وجبت الدية على المولى ، فهي من ماله وحده عند جمهور الفقهاء .

رابعاً — يتحمل الجاني هو لا عاقلته الارش اذا كان دون ثلث الدية عند أهل المدينة (مالك وابن حنبل) ، او اذا كان دون ما يجب في قلع السن او في جرح الموضحة عند اهل العراق ، اي نصف عشر الدية وهو خمس من الابل . وقد خالف الشافعي في ذلك وقال : « العقل عقلان ، فعقل العمد في مال الجاني دون عاقلته قلّ او كثر ، وعقل الخطأ على عاقلة الجاني قل ذلك العقل او كثر ، لان من غرم الاكثر غرم الاقل »[٢] .

خامساً — ذهب بعض الفقهاء الى أبعد مما ذكرنا تضييقاً لالتزام العاقلة . فالامام مالك اوجب دية شبه العمد على الجاني . والامام الشافعي قال بوضع دية ما جناه الصبي او المجنون في ماله . وروى ابن حزم عن عثمان البتي انه لم يتعرف الى العاقلة ، وروى غيره هذا القول عن ابي بكر الاصم[٣] .

وفي البدء كانت العاقلة هي القبيلة . وقد بقي معناها كذلك في الرأي السائد عند اهل الحجاز ، ومنهم مالك وابن حنبل في احدى الروايتين عنه . فان عاقلة

---

(١) اختلف فيما اذا كان هذا من كلام ابن عباس او من كلام النبي (ص) . وقد رواه الحنفيون بلفظ آخر هو : « لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة » . راجع المغني (ج ٩ ص ٥٠٣ — ٥٠٦) ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٥٥) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٤٢) .

(٢) الام ، ج ٧ ص ٢٩٥ — ٢٩٦ .

(٣) المحلى (ج ١٠ رقم ٢٠٢٤) ، والبدائع في الموضع المذكور .

الجاني عندهم هي العصبات اي أقرباؤه من قبل الاب . ولا يدخل فيها طبعاً النساء ولا الصبيان والمجانين ، « لان حمل الدية على سبيل النصرة بدلا مما كان في الجاهلية من النصرة بالسيف ، ولا نصرة في الصبي والمعتوه والمرأة » . وبـذلك ايضاً قال الشافعي ، باستثناء اقرباء الاصول والفروع . وقـد استند اهل الحجاز في مذهبهم هذا الى ما تعارف عليه الناس في زمن النبي (ص) وابي بكر .

ولكن الامر تغير في عهد عمر بن الخطاب ، الذي نظم الجيش أوالدواوين من الرجال المقاتلين المكلفين الاحرار ، ثم وضع الديات على اهـل الديوان ، باعتبارهم عاقلة كل واحد منهم . وقد ذهب هذا المذهب فقهـاء مدرسة العراق . وفسروه بان مسؤولية القبيلة كانت ترتكز على النصرة والتعاون ، وانـه لما انتقلت النصرة من القبيلة الى الديوان قام الديوان مقام القبيلة في تحمل الدية . ولذا لا تجب الدية على القبيلة إلا إذا لم يكن اسم الجاني مقيداً في احـد الدواوين . ثم لنفس التعليل ايضاً ، إذا كان القاتل ينتمي إلى طائفة تتناصر بالحرفة أو بالحلف ، فعاقلته هم أهل حرفته أو حلفه .

واخيراً ، لو كان الجاني لا عاقلة له فبيت مال المسلمين يتحمل ديته ، وذلك عند جمهور الفقهـاء ومنهم صاحبا ابي حنيفة . ولكن عند ابي حنيفة وابن حنبل في إحدى الروايتين عنهما ، تجب الدية في مثل هذه الحال على الجاني في ماله لا على بيت المال [١] .

اما بشأن استحقاق الدية ، فالرأي السائد يعتبرها حالّة في الاصل ، اي واجبة الدفع حالاً ، إلا إذا اشترط تأجيلها بالمصالحة ، او إذا كانت على العاقـلة في جناية الخطأ أو ما كان في حكمها ، فعندئذ تكون مؤجلة في ثلاث سنين .

وعلى الجملة ، نحن نرى من كل ما تقدم انه لم يعد لالتزام العاقـلة في الشرع الاسلامي إلا نطاق صغير محـدود . ويفسر ذلك صفة هذا الالتزام الاستثنائية بالقياس إلى القاعدة العامة الاساسية : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

---

(١) راجع شرح المواق (بهامش الحطاب ، ج ٦ ، ص ٢٦٦) ، والمهذب (ج ٢ ص ٢٢٨ـ ٢٢٩) ، والمغني (ج ٩ ص ٥١٤ و ٥٢٤) ، والبدائـع (ج ٧ ص ٢٥٦) ، والمبسوط (ج ٢٧ ص ١٢٥ ـ ١٣٢) ، ومجمع الانهر (ج ٢ ص ٦٨٩) ، والبحر الرائـق (ج ٨ ص ٤٠٠ ـ ٤٠٢) .

الضمان في الجنايات الجسمانية

في الحقيقة ان بحث الجنايات الجسمانية وعقوباتها يتعلق بقانون الجزاء ، وهو خارج بطبعه عن موضوع كتابنا في الموجبات المدنية ومصادرها واحكامها . ولكننا لم نرَ بدأ من الكلام سريعاً في هذه الجنايات ، كما تكلمنا في الحدود في الفصل السابق ، بالنظر لما لها جميعاً من علاقة وثيقة بالضمان أو المسؤولية المدنية التي تقع على الجاني من جراء جنايته . وعلى كل ، فان ايفاء البحث فيها يستلزم مجالا طويلاً ، ولم يكن ما كتبناه إلا كلمة موجزة جداً بالقياس إلى ما جاء عنها في كتب الفقه والمطولات .

ولقد رأينا ان جزاء الجاني في هذه الجنايات يكون تارة القصاص ، وتارة الدية أو الارش ، وتارة أخرى تعويضاً مالياً يقدره القاضي .

فالقصاص عقوبة لا تجتمع معها الدية ولا شيء آخر من الضمان أو المال على الاطلاق [١] . وتعليل ذلك ان عقوبة القصاص ، وان كانت شبيهة بالعقوبة العامة من أوجه كما أوضحنا ، إلا أنها في الاصل عقوبة خاصة وضعت « ضماناً زاجراً » ، واعتبرت تعويضاً بحد ذاتها ، وان لم يكن هذا التعويض ذا قيمة مالية [٢] .

وعند سقوط القصاص بوفاة الجاني ، لا تتوجب الدية ولا شيء آخر في تركته عند الحنفيين والمالكيين . ولكن عند الشافعي وابن حنبل تجب الدية في هذه الحال وتدفع من تركة الجاني اذا ترك مالاً [٣] .

وعلى كل حال ، ففي الدية عند وجوبها معنيان أو صفتان بآن واحد ، وهما العقوبة الخاصة والضمان . فصفة العقوبة للدية تفسر انها مقدّرة تقديراً شرعياً معيناً ، وانه لا ينظر فيها الى الضرر الحقيقي الواقع في كل قضية من القضايا ، إلا في ديات

---

(١) البدائع ، ج ٧ ص ٢٣٩ .

(٢) كانت الشريعة الانكليزية القديمة تعتبر ان الجنايات الجسمانية لا تسبب ضرراً مالياً للمجني عليه ، وكانت تعتبر من ثم ان دعاوى التعويض الناتجة عنها تسقط بوفاة الجاني او بوفاة المتضرر نفسه : (Actio personalis moritur cum persona) . وهذه القاعدة قديمة عندهم ولا تزال باقية الى اليوم ، على الرغم من المستثنيات العديدة التي ادخلت عليها . راجع في ذلك كتاب بولوك Law of Torts ، ص ٦٢ وما بعدها .

(٣) الشرح الكبير (بذيل المغني ج ٩ ص ٤١٧) ، والمهذب للشيرازي (ج ٢ ص ٢٠١) ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٤١) .

العبيد كما رأينا .

والدية عند جمهور الفقهاء هي من حق جميع الورثة . وإذا مات أحدهم انتقل حقه إلى ورثته . ولذا جاز للمستحقين في الدية إسقاط حقهم أو الصلح عليه كما في باقي الاموال [١] .

وأخيراً ، لما كان في الدية معنى الضمان والعقوبة الخاصة ، فهي تتعدد بتعدد الجنايات ، أي أنه لا يجري فيها التداخل المعروف في العقوبات العامة [٢] .

وما قلناه عن الدية وصفتها يصدق على جزئها أو الارش المقدّر شرعاً . أضف الى هذا أن معنى الضمان يظهر في الارش بوجه أوضح وأدل ، إذ نرى كما بينا أن الارش لا يكون ابداً في قطع الاعضاء التي لا منفعة منها . أو بعبارة اخرى ، هو لا يلزم حينئذ لعدم تحقق الضرر .

ولكن أظهر ما يكون معنى الضمان والتعويض هو في حكومة العدل . فان تقدير القاضي فيها شبيه بتقديره المتلفات من الاموال المضمونة [٣] . فهو يقوّم الضرر الحقيقي لجبر ما جناه الجاني . ولعل حكومة العدل هذه تصلح لأن تكون نواة لمبدأ عام للتعويض الحقيقي في الجنايات الجثمانية التي لا قصاص فيها ولا دية ، على غرار المبدأ العام الذي نراه في اتلاف الاموال [٤] .

ولا بدّ قبل ختام هذا الفصل من كلمة في مسألة الضرب أو الجراح التي لا تترك أثراً بعد برئها . أفيجب فيها الضمان أم لا يجب ؟ الجواب في الرأي السائد عند الفقهاء ، ومنهم أبو حنيفة ، هو أنه لا ضمان على الجاني لأنه لم ينقص بفعله منفعة ولا جمالا ، وانه لا تعويض لمجرد الالم [٥] .

ولكن محمد بن الحسن قال بانه تجب « حكومة » على الجاني بقدر ما لحق المضروب او المجروح من الالم . وقال ابو يوسف بان للمجني عليه ان يرجع على

(١) فتح القدير على الهداية (ج ٨ ص ٢٧٦) ، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢١٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٤٧) ، والام (ج ٦ ص ٧٧) ، والمهذب (ج ٢ ص ١٩٦) ، والمغني (ج ٩ ص ٤٦٢) ، والمحلى لابن حزم (ج ١٠ رقم ٢٠٧٦) .

(٢) فتح القدير (ج ٨ ص ٢٨٢) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٢٦٤) .

(٣) المبسوط ، ج ٢٦ ص ٨٤ .

(٤) وهذا أيضاً رأي الدكتور السنهوري ، في كتابه نظرية العقد ، رقم ٦٦ ص ٦٧ هامش ٣ .

(٥) الام (ج ٦ ص ٧٣) ، والمغني (ج ٩ ص ٦٦٣-٦٦٥) .

الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء واجرة الاطبــاء [1] . وكذلك قال محمد في الجامع الصغير : « رجل ضرب رجلا مائة سوط فجرحــه وبرأ منها ، فعليه ارش الضرب » [2] .

فواضح مما قدمنـا ان قول الصاحبين قريب من المبادىء الحديثة ، التي توجب على المجرم في مسائل الضرب والجراح ان يعوض المجني عليه من كل ما تكبده من ضرر ماديّ ومعنوي .

ومثل اخير بمعناه يبين ما توسع الفقهاء فيه من تفريع المسائل وتدقيقها : ففي جواهر الفتاوى انه لو جرح احد رجلاً فعجز المجروح عن الكسب ، وجب على الجارح دفع النفقة والمداواة . وقد علق صاحب الحامــدية على ذلك مفسراً ان المداواة واجبة في كل حال ، واما النفقة اي الطعـام والشراب والكسوة فانها لا تجب الا للفقير العاجز عن الكسب حتى يبرأ من جرحه [3] .

---

(١) هذه رواية المبسوط (ج ٢٦ ص ٨١) . وقد وجدتها معكوسة في معظم كتب الفقه ، لا سيا كتب المتأخرين . فقد جاء فيها ان ابا يوسف هو الذي قال بلزوم ارش الالم ، وان محمداً قال بلزوم اجرة الطبيب وثمن المداواة . وجاء في شرح الطحـاوي ان ابا يوسف قصد بارش الالم اجرة الطبيب والمداواة . راجع مثـلا الاختيار شرح المختار (ج ٣ ص ١٧٥) ، وشرح الزيلعي (ج ٦ ص ١٣٨) ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٧ ص ٣١٦) ، والكتب اللاحقة التي نقلت عنها او عن امثالها ، كالبحر والدر المختار وملتقى الابحر وغيرها .

(٢) الجامع الصغير (بهامش كتاب الخراج لابي يوسف ، بولاق) ، ص ١١٦ .

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ص ٢٩٥ .

الفصل الرابع

الغصب

التعريف

ان الملك كباقي الحقوق يقع في حمى القانون أو الشرع ، ولا يحلّ التعدّي عليه بوجه من الوجوه . ولقد رأينا ان حرمة الملك تستتبع منع التصرف في ملك الغير بدون اذن ، ومنع اخذ مال الغير بلا سبب شرعي . ومن تجاوز هذا الحدّ الشرعي عُدّ ظالماً وعدّ فعله مظلمة .

فاذن ان اخذ مال الغير اما ان يكون بسبب مشروع فهو عندئذ حلال جائز ، واما ان يكون بغير حق فهو محرّم وآخذه آثم وظالم . ويسمّى الآخذ سارقاً ، ان كان الأخذ استخفاء وبشروطه المعلومة . ويسمّى محارباً ، ان كان الأخذ مكابرة في صحراء أو في داخل المصر عند البعض . ويسمّى مختلساً ، ان كان الأخذ اختلاساً من يد صاحبه . ويسمّى خائناً ، ان كان الأخذ واقعاً على ما أئتمن عليه . ويسمّى الآخذ أخيراً غاصباً ، ان كان الأخذ جهاراً وقهراً [1] . وكذلك يحرم أخذ مال الناس بطريق انكار الحق ، والغش والرشوة والقهار وما الى ذلك [2] .

وان الغصب لغة معناه الأخذ بدون حق . أما في الشرع ، فقد وقع في تعريفه اختلاف بين المذاهب . ففي مجلة الاحكام العدلية ، : « الغصب هو أخذ مال أحد وضبطه بدون اذنه ، ويقال للآخذ غاصب ، وللمال المضبوط مغصوب ، ولصاحبه مغصوب منه » (المادة ٨٨١) . ولكن هذا التعريف ناقص ، كما ترى . ففي الرأي الحنفي المختار الغصب هو ازالة يد المالك المحقة ، واثبات اليد المبطلة بالاستيلاء على

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ، طبع كرن ، مصر ، ١٩٠٢ ، ص ١٤٦ .

(٢) القوانين الفقهية ، ص ٣٢٩ .

مال مُتقوم محترم قابل للنقل ، بدون اذن ، على سبيل المجاهرة [١] .

فيشترط في الغصب اذاً شروط في فعل الغاصب ، وفي المال المغصوب ، وفي صفة الاخذ وطريقته . وهاك ايضاحها بايجاز : —

اولا — فعل الغاصب . يقول الشيخان ابو حنيفة وابو يوسف ، على ما جاء في التعريف ، ان ركن الغصب يتضمن أمرين : اولهما ازالة يد المالك المحقة عن ماله والثاني وضع يد الغاصب المبطلة مكانها بالاستيلاء على المغصوب . ولا يتم الغصب عندهما الا باجتماع هذين العنصرين في فعل الغاصب . ولكن محمد بن الحسن قال بانه تكفي في الغصب ازالة يد المالك وان اثبات يد الغاصب مكانها ليس بشرط .

هذا في المذهب الحنفي . اما باقي المذاهب فانها لم تشترط ازالة يد المالك ، بل اعتبرت ركن الغصب إثبات يد الغاصب على ملك الغير بدون حق . وبعبارة اخرى، ان الغصب في باقي المذاهب هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً [٢] . وهذا الفرق في التعريف يستتبع خلافاً في بعض أحكام الغصب ، كما سنرى .

ثانياً — المال المغصوب . ينبغي ان يقع الغصب على مال متقوم محترم . فعليه من أخذ شيئاً غير متقوم كالجيفة وما أشبه ، او شيئاً غير محترم كمال المحارب ، لا يعدّ غاصباً . وكذلك اختلف في غصب الخمر . فجمهور الفقهاء يقولون بانه اذا كانت الخمر لمسلم فلا يتصور غصبها لانها لا تعدّ مالا بحق المسلم ، ومن ثم لا ضمان على متلفها . ولكن اذا كانت لذمي ، فعلى الغاصب ان اتلفها دفع قيمتها عند مالك وابي حنيفة ، لا عند الشافعي وابن حنبل وابي ثور واتباع المذهب الظاهري [٣] .

وكذلك لا يجوز غصب المنافع عند الحنفيين ، لان المنفعة لا تعد مالا عندهم ، خلافاً لجمهور الفقهاء كما رأينا [٤] . واخيراً يشترط في المذهب الحنفي المختار ان يكون المغصوب قابلاً للنقل . فعليه يجري الغصب في هذا المذهب في المال المنقول وحده

---

(١) المبسوط (ج ١١ ص ٥٤) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٤٣) ، والبحر (ج٨ ص١٠٨) .

(٢) راجع شرح ابي قاسم على ابي شجاع (بهامش البيجوري ، ج ١ ص ١١) ، وفتح العزيز الرافعي (بذيل المجموع ، ج ١١ ص ٢٤٩) ، والبدائع (في الموضع المذكور) ، وشرح الخرشي على سيدى خليل (ج ٤ ص ٣٤٥ و٣٤٧) .

(٣) انظر المراجع التي ذكرناها سابقاً في باب الاموال وشروط المال المتقوم .

(٤) عند المالكيين ، يسمى غصب المنافع تعدياً ويختلف حكمه عن حكم الغصب . راجع شرح المواق بهامش الحطاب (ج ٥ ص ٢٧٤) ، وشرح التحفة للتسولي (ج ٢ ص ٣٥١) .

دون العقار ، لعدم التمكن من اخذه ونقله . ولكن محمد بن الحسن وزفر من الحنفيين وباقي أئمة المذاهب قالوا بامكان غصب العقار بمجرد الاستيلاء عليه [١] . وقد أخذت المجلة بالرأي الحنفي المختار ، بالرغم من التعبير الذي اعتمدته في عنوان فصل غصب العقار . فمعنى الغصب في هذا الفصل هو المعنى اللغوي لا الشرعي الذي بيّناه [٢] .

وعلى كل يرجع في تعريف الاستيلاء أو اثبات اليد الى ما تعارف عليه الناس . فهو ، كما قال الغزالي ، يكون « في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب ، وفي الفراش الجلوس عليه فهو غاية الاستيلاء ، وفي العقار يثبت الغصب بالدخول وازعاج المالك » [٣] .

ثالثاً – صفة الأخذ وطريقته . لا يعد الاخذ غصباً إلا إذا كان بدون اذن المغصوب منه ، أو قهراً بدون اختياره . وهذا ظاهر لا يحتاج الى تبيين. وكذلك يجب أن يكون الأخذ جهاراً لا خفية ، لتفريق الغصب عن السرقة ، وان لا يكون مع المكابرة لتفريقه عن المحاربة ، كما أوضحنا في فصل الحدود .

وتعتبر الخيانة أو سوء الأمانة من نوع الغصب عند جمهور الفقهاء. فعندالحنفيين والشافعيين وغيرهم من جحد الوديعة والأمانة يعتبر غاصباً [٤] . ولذا جاء في المجلة : « الحال الذي هو مساوٍ للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب ، كما ان المستودع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب . وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدّ يكون ضامناً » (المادة ٩٠١) . ولكن بعض المذاهب تعتبر جاحد العارية سارقاً كما مرّ في فصل الحدود .

رد الاصل أو البدل

من المبادىء الشرعية الأساسية أن تردّ الحقوق باعيانها عند الامكان [٥] . وبعبارة اخرى ، يجب في الموجبات ايفاء الأصل ما دام ممكناً ، ولا يجوز ايفاء

---

(١) البحر (ج ٨ ص ١١١) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ، ج ٥ ص ٣٧٥) .
(٢) المادة ٩٠٥ وما بعدها ، وشرح علي حيدر في المقدمة السابقة لهذه المادة .
(٣) الوجيز ، ج ١ ص ٢٠٦ .
(٤) المبسوط (ج ١١ص١١٧) ، ورد المحتار (ج ٥ص١٥٥) ،والوجيز (ج ١ص٢٠٦).
(٥) قواعد الاحكام للعز بن عبدالسلام ، ج ١ ص ١٦٨ .

البدل إلا إذا تعذّر الأصل . وهذا معنى القاعدة الكلية الواردة في المجامع [١] ، وفي المجلة وهي : « إذا بطل الأصل يصار إلى البدل » (المادة ٥٣) .

فايفاء الأصل يسمّى في الاصطلاح الأداء ، وإيفاء البدل يسمّى القضاء . والبدل هو إعطاء المثل إذا كان الأصل من المثليات ويسمّى هذا القضاء الكامل ، أو هو إعطاء قيمته إذا كان من القيميات ويسمّى هذا القضاء القاصر .

وتطبّق هذه القاعدة في باب الغصب وفي أبواب أخرى من الموجبات كما سنرى في دراساتنا القادمة . فعليه يلزم الغاصب في الأصل ردّ المغصوب عيناً (المادة ٨٩٠ من المجلة) . وإذا استهلك الغاصب هذا المال أو تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعدّيه كان عليه إعطاء مثله إن كان من المثليات ، أي من الأشياء التي يوجد مثلها في السوق بدون تفاوت يعتدّ به ، وإعطاء قيمته إن كان من القيميات (المادة ٨٩١) .

ولما كانت قيم الأشياء وأسعارها تتقلّب مع الزمان والأمكنة ، وجب تحديد الوقت والمكان اللذين ينظر اليهما عند تعيين البدل الواجب على الغاصب . فان كان المغصوب من القيميات ، « يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه » (المادة ٨٩١) عند الحنفيين والمالكيين ، وفي وقت تلفه في المذهب الحنبلي . أما عند الشافعي ، فيضمن الغاصب المغصوب بأقصى قيمته من وقت الغصب إلى التلف [٢] .

وإذا انقطع مثل الشيء المغصوب ، أي تعذر وجوده في السوق ، كان على الغاصب دفع قيمته كما هي يوم المقاضاة عند ابي حنيفة ، ويوم الغصب عند ابي يوسف ، ويوم الانقطاع عند محمد بن الحسن وفي المذهب الحنبلي . ولكن القيمة المعتبرة في أصح الاقوال في المذهب الشافعي هي أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم الاعواز أو الانقطاع . وقال أشهب المالكي واتباع المذهب الظاهري ، يخيّر المدعي بين أن يمهل الغاصب حتى يوجد مثل المغصوب فيستوفيه منه وبين ان يأخذ قيمته في الحال [٣] .

---

(١) راجع شرحه المنافع ، ص ٣١٠ .

(٢) الوجيز (ج ١ ص ٢٠٩) ، وشرح الخرشي على سيدى خليل (ج ٤ ص ٣٥١) ، والروض المربع (ج ٢ ص ١١٥) .

(٣) الروض المربع (في الموضع المذكور) ، والهداية (ج ٤ ص ٨) ، وشرح المواق على سيدي خليل (بهامش الحطاب ، ج ٥ ص ٢٧٨) ، وفتح العزيز (بذيل المجموع ، ج ١١ ص ٢٧٢) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٥٩ ص ١٤٠) .

وان ما قدمناه يطبق على استهلاك المغصوب أو تلفه او ضياعه ، سواءٌ أحصل ذلك بنتيجة تعدٍّ من الغاصب ام بدون تعدٍّ ، لان الغصب بحد ذاته يعتبر تعدياً يوجب التبعة والضمان . وهذا الحكم يجري على غصب العقار عند من قال بامكان غصبه . أما ابوحنيفة وتلميذه أبو يوسف ، اللذان قالا بعدم تصور الغصب في العقار ، فقد اشترطا التعدّي للضمان ، وقالا من ثم بان الغاصب لا يضمن العقار ان تلف بدون جناية منه ، كالسيل والحريق وما أشبه [١] . وكذلك عند مالك ، اذا غصب احد منفعة شيء كالعقار والدابة ثم هلك عين الشيء بأمرٍ سماوي ، فالغاصب يدفع قيمة المنفعة التي تعدّى عليها ، لا قيمة عين الشيء [٢] .

النقصان والزيادة

لا يكفي اداء الشيء المغصوب عيناً وحده أحياناً . فاذا طرأ عليه نقصان بسبب تغير اسعاره في السوق فلا ضمان على الغاصب [٣] . أما إذا كان النقص بسبب استعمال الغاصب او صنعه ، فعلى الغاصب ضمان مقدار هذا النقصان . وفي ذلك اختلاف وتفصيل في المذاهب لا نرى مجالاً لبيانه [٤] ، بل نكتفي بمثال عنه نأخذه من مجلة الأحكام العدلية .

ففي المجلة : « إذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب ، فليس لصاحبه أن لايقبله ويطالب بقيمته التي في زمان الغصب. ولكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب ، فيلزم الضمان . مثلاً إذا ضعف الحيوان الذي غصب وردّه الغاصب إلى صاحبه ، فيلزم ضمان نقصان قيمته . كذلك إذا شقّ الثوب الذي غصب وطرأ بذلك على قيمته نقصان ، فان كان النقصان يسيراً ، يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته . وإن كان فاحشاً ، أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد ، فالمغصوب منه بالخيار ، إن شاء ضمّنه نقصان القيمة ، وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته » (المادة ٩٠٠) .

---

(١) الهداية والبحر (في المواضع المذكورة) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٠) .

(٢) شرح الخرشي ، ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٣) شرح الخرشي (ج ٤ ص ٣٥٧) ، والمادة ٩٠٠ من المجلة (فقرتها الاولى) .

(٤) راجع بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢٦٣-٢٦٤ .

وفوق رد الأصل مع تعويض النقصان عند وجوده ، يلزم الغاصب أن يردّ الزيادة المتولدة من المغصوب. فعليه جاء في المجلة : « زوائد المغصوب لصاحبه ، وإذا استهلكها الغاصب يضمنها . مثلاً إذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب أو فلوه الحاصلين حال كون المغصوب في يده ، أو ثمر البستان المغصوب الذي حصل حال كون المغصوب في يده ، ضمنها حيث انها أموال المغصوب منه . كذلك لو اغتصب أحد بيت نحل العسل مع نحله واستردها المغصوب منه ، يأخذ أيضاً العسل الذي حصل عند الغاصب » (المادة ٩٠٣) .

فوات المنفعة

قدّمنا ان الغاصب يضمن مع ردّ الشيء زوائده ومقدار نقصه . وبعبارة ثانية ، هو يتحمل تعويض المالك من الخسارة إذا كانت مالاً أو خسارة في عين الشيء . ولكن هل يضمن الغاصب فوات منفعة هذا الشيء ، أي هل يتحمل ما فات على صاحبه من المنفعة أو الربح بسبب الغصب ؟ مثاله : لو غصب رجل دابة أو داراً ، فهل عليه بدل اجارة لفوات انتفاع صاحبها من السكنى أو الركوب ؟

اختلف الائمة في الجواب عن هذا السؤال . فقال الشافعي بوجوب اعطاء بدل المنفعة ، ورفض الحنفية ذلك الا في بعض المستثنيات ، واتخذ مالك رأياً وسطاً . وهاك بيان هذه المذاهب باختصار :—

اولا — المذهب الشافعي .

في هذا المذهب ، « تضمن المنافع بأجور الامثال » [1] . وقد قال الشافعي : « اذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها او لم يستغلها ولمثلها غلة ، او داراً فسكنها او اكراها او لم يسكنها ولم يكرها ولمثلها كراء او شيئاً مما له غلة استغله او لم يستغله ، انتفع به او لم ينتفع به ، فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى رده . الا انه إن كان أكراهُ بأكثر من كراء مثله ، فالمغصوب (منه) بالخيار في أن يأخذ ذلك الكراء ، لانه كراء ماله ، او يأخذ كراء مثله » [2] .

---

(١) قواعد الاحكام ، ج ١ ص ١٦٨ .

(٢) الام ، ج ٣ ص ٢٢٢ .

وتعليل ذلك ان المنفعة عند الشافعي ، كما رأينا ، مال متقوّم مضمون بالغصب كباقي الاموال . هـذا الى انه لا يحلّ للغاصب ان ينتفع بالمغصوب او أن يترك له التمكن من ذلك لانه ظالم . وفي الحديث الشريف « ليس لعرق ظالم حق » [١] .

ولقد صدق عز الدين بن عبد السلام عندما قال ان الشرع قوّم المنافع ونزلها منزلة الاموال ، لانها « هي الغرض الاظهر من جميع الاموال . فمن غصب قرية أو داراً قيمتها كل سنة الف درهم ، وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها ، ولم تلزمه قيمتها ، لكان ذلك بعيداً من العدل والانصاف ، الذي لم ترد الشريعة بمثله ولا بما يقاربه » [٢] .

ثانياً – المذهب المالكي .

عند مالك ينظر الى المنفعة التي يجنيها الغاصب من الشيء المغصوب ، لا إلى فوات المنفعة التي بسببها للمالك . فعليه جاء في المدّونة انه لا كراء على الرجل الذي يغتصب الحيوان او الجارية او الغلام لان عليه نفقتهم ، وهذه النفقة تعاوض المنفعة . وكذلك لا شيء على غاصب الدور أو الاراضي إذا لم يسكنها او يكرها أو يزرعها . ولكن إذا سكنها أو زرعها أو اكراها ، فعليه دفع الكراء لصاحبها [٣] .

ثالثاً – المذهب الحنفي .

اتفق الائمة في المذهب الحنفي المختار على عدم ضمان المنافع الا عند وجود عقد أو شبه عقد . فعليه لا يضمن الغاصب منافع الشيء المغصوب ، لان المنافع ليست متقومة بذاتها ، أي انها لا تعدّ مالاً متقوماً عندهم كما رأينا [٤] . وقـــد استندوا بذلك إلى الحديث الشريف : « الخراج بالضمان » [٥] .

وان مجلة الاحكام العدلية أخذت مبدئياً بالمذهب الحنفي في هـذه المسألة كما في غيرها . فتبنت الحديث الشريف الذي مرّ وفسرته بقولها : « الخراج بالضمان .

---

(١) قطعة من حديث أخرجه احمد وابو داود والترمذي . راجع سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٠٧٣) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٣٤٤) .

(٢) قواعد الاحكام ، ج ١ ص ١٧٢ .

(٣) المدونة الكبرى ، ج ١٤ ص ٦٢–٦٥ .

(٤) المبسوط ، ج ١١ ص ٧٨ .

(٥) رواه السيوطي في الجامع الصغير (ج ١ رقم ٤١٣٠) نقلا عن كتب السنن الاربعـة ومسند احمد ومستدرك الحاكم . وهو حديث طعن ابن حزم على صحته في المحلى (ج ٨ رقم ١٢٥٩ ص ١٣٦) .

يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان . مثلا لو ردّ المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه اجرته ، لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله » (المادة ٨٥) [١] . وكذلك قالت بمعناه : « الاجر والضمان لا يجتمعان » (المادة ٨٦) . وهي قاعدة منقولة عن المجامع . ومن امثلتها كما جاء في شرحها : لو غصب أحد دابة او داراً واستعملها ، فلا يضمن منافعهما بعد ضمان انفسها [٢] .

ولكن الاستحسان عند الحنفيين ، لا سيما عند المتأخرين منهم ، أوجب خلافاً للقياس ضمان المنافع في مواضع ثلاثة : مال اليتيم والوقف وايضاً المال المعد للاستغلال ان لم يكن قد استعمل بتأويل ملك او عقد [٣] .

وبهذا المعنى قالت المجلة : « لو استعمل أحد مالا بدون إذن صاحبه ، فهو من قبيل الغاصب ، لا يلزمه أداء منافعه . ولكن ان كان مال وقف او مال يتيم ، فعلى كل حال يلزم أجر المثل . وان كان معداً للاستغلال ، فعلى ان لا يكون بتأويل ملك او عقد ، يلزم ضمان المنفعة ، يعني أجر المثل . مثلاً لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد اجارة ، لا تلزمه الاجرة . لكن ان كانت تلك الدار وقفاً او مال يتيم ، فعلى كل حال ، يعني ان كان ثم تأويل ملك وعقد او لم يكن ، يلزم أجر مثل المدة التي سكنها . وكذلك ان كانت دار كراء ولم يكن ثم تأويل ملك أو عقد ، يلزم اجر المثل . وكذا لو استعمل أحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها ، يلزم أجر المثل » (المادة ٥٩٦) .

فعلى الجملة ، انت ترى ان الشافعي قال بضمان المنفعة في جميع الاحوال ، وان ابا حنيفة قال بعدمه في الاصل الا في بعض المستثنيات ، وان مالكاً قال بالضمان اذا تبين ان الغاصب انتفع بالمغصوب . ولا ريب في ان المذهب الشافعي أقرب الى القوانين الحديثة والى العدل من المذاهب الاخرى . فلذا تمنّى علي حيدر العثماني الحنفي على فقهاء عصره « ان يتشاوروا ويتخذوا قراراً بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الاموال وان يستحصل على ارادة سنية بالعمل به » [٤] .

---

(١) مر معنا شرح هذه المادة في كتابنا فلسفة التشريع في الاسلام ، مع قاعدة الغرم بالغنم في باب القواعد العامة ، ص ٣٢٤ .

(٢) المجامع والمنافع ، ص ٣١٠ .

(٣) فتح القدير (ج ٧ ص ٣٩٦) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٣) .

(٤) في شرح المجلة ، تحت المادة ٥٩٦ .

وعلى كل ، فقد بقيت القاعدة في البلاد العثمانية أن لا ضمان على الغاصب فيما عدا ما ذكرنا من المستثنيات ، وفيما عدا ما ورد في المـــادة ١٤ من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة [١] ، التي أعطت المتصرف في الاراضي الاميرية أو الوقفية حق طلب اجرة المثل ممن ضبطها أو زرعها بطريقة الفضول . وقد تمشى على ذلك اجتهاد المحاكم في هذه البلاد حتى صدور القوانين اللبنانية الحديثة [٢] .

بعض الطوارىء

إن في الغصب بعض الطوارىء الفرعية ، كأحكام غاصب الغاصب وما أشبه . ونحن هنا لا نتعرض لتفصيلها جميعاً ، بالنظر لعـــدم أهميتها من حيث المبادىء العامة . ففي مسألة غاصب الغاصب ، نكتفي بذكر ما ورد في مجلة الاحكام العدلية . قالت المجلة : « غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب . فاذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر ، فأتلفه أو تلف في يده ، فالمغصوب منه مخيّر ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمن الغاصب الثاني . وله أن يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني ، وبتقدير تضمينه الغاصب الاول يرجع على الثاني . واما اذا ضمنه الثاني ، فليس للثاني أن يرجع على الاول » (المـــادة ٩١٠) . « واذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول ، يبرأ وحـــده . واذا رده الى المغصوب منه ، يبرأ هو والاول » (المادة ٩١١) .

وأخيراً لا بدّ من الاشارة الى ان في الغصب طوارىء أخرى ناتجة عن انضمام المغصوب بشيء آخر ، كما في الاختلاط والصبغ والزرع والغرس والبناء . ولكل من هذه الطوارىء أحكام تفصيلية مختلفة باختلاف الاحوال والمذاهب . ولقد رأينا بعضاً من ذلك في باب الكسب غير المشروع ، من ناحية الكسب الحاصل والتعويض الواجب ، فليراجع في محله . ونحن لا نتعرض لتفصيل فروع هـذه المسائل ، من ناحية التغيير الحاصل في ملكية الاشياء المنضمة أو المختلطة ، لصلتهـا بموضوع الملكية ، وأسباب اكتسابها ، ولخروجها من ثمّ عن بحث الموجبات بوجه عام .

---

(١) الصادر في ٥ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ هـ ، الموافق ٣٠ مارت سنة ١٣٢٩ مالية أو ١٩١٣ ميلادية .

(٢) راجع مثلا الحكم رقم ٦٦٢ الصادر من محكمة التمييز اللبنانية في ٢١ آذار سنة ١٩٣٧ (مجلة المحامي ، السنة الثانية ، القسم الاول ، ص ١٣٠) ، والقاضي بانه اذا غصب احـد ارض غيره وزرعها فليس للمالك ان يطالبه باجر المثل ، بل له فقط تضمينه نقصان الارض .

الباب الثاني

الاعتداء على الأموال

والنظرية العامة للتصرفات الفعلية

الفصل الاول

معلومات عامة

المسؤولية الجرمية

التصرفات الشرعية التي تنشيء الالتزام فئتان : احداهما فئة التصرفات القولية، وهي التصرفات المباحة ضمن شروطها الشرعية ، كالعقود وما الحق بها. والثانية فئة التصرفات الفعلية ، وهي الأعمال المحرّمة أو الاعتداء على حقوق الناس .

وهذا الاعتداء متنوع كتنوع الحقوق المختلفة. فهو يقع تارة على النفس والجسد، وتارة على العرض والشرف والحرية ، وتارة أخرى على الأموال ، وما إلى ذلك . وفي الاصطلاح تطلق كلمة الجناية أو الجرم أو الجريمة على كل اعتداء بوجه عام . مثاله يقال جناية الحيوان لكل ما يتلفه الحيوان من نفس أو مال . وتطلق أيضاً كلمة الجناية بوجه خاص على الجناية الواقعة على الجسد والأبدان ، كما رأينا .

وللجنايات والجرائم ناحيتان : الناحية الجزائية والناحية المدنية . فالاولى ، وإن كانت خارجة عن بحث الموجبات الذي نحن بصدده ، إلا أننا اعطينا عنها لمحة موجزة في الباب السابق . أما الناحية المدنية فهي التي تهمنا وحدها في هذا الباب وهي التي تتصل وحدها بموضوع هذا الكتاب .

وان التصرف الفعلي أو الجرم من ناحيته المدنية معناه كل عمل ضارّ غير مباح. وهو مصدر من مصادر الالتزام ، لانه يوجب على الفاعل تعويض المعتدى عليه من الضرر الذي ينتج عنه . فاذنْ ان موضوع الالتزام الناشيء عن الجرم هو واجب التعويض او هو بعبارة اخرى النتيجة المسؤولية التي تقع على الفاعل من جراء جرمه .

ويسمّى هذا الواجب في الاصطلاح ضماناً ، ويسمّى الفاعل ضامناً . والضمان معناه في الاصل الكفالة . ومعناه هنا اشغال الذمة أو الالتزام باداء مثل ما أتلف ان كان من المثليات ، وقيمته ان كان من القيميات (المادة ٤١٦ من المجلة) . وكما يوجد ضمان في التصرفات الفعلية ، كذلك يوجد ضمان في العقود ، كما في الضمان الواجب على الوديع عند هلاك الوديعة بسبب تقصيره (المادة ٧٧٧) . لذا سمّي الاول بضمان الاتلاف لتفريقه عن ضمان العقد ، وهو تفريق كما ترى شبيه بالتفريق الحديث بين المسؤولية الجرمية والمسؤولية العقدية .

لا ضرر ولا ضرار

قلنا في مقدمة الباب السابق انه يندر ان نرى اليوم في القوانين العصرية بحثاً مفصلاً في كل جريمة من الجرائم المدنية المختلفة ، واننا نرى على العكس نظرية عامة تجمعها كلها في قواعد واحدة يندرج تحتها عدد كبير من الامثلة الفرعية المتنوعة .

وقد اوضحنا ايضاً ان الشرائع القديمة ، كالقانون الروماني ، وبعض الشرائع الحديثة ، كالقانون الانكليزي ، لا تقرّ هذه النظرية العامة ، بل تبحث في كل جريمة على حدة وتبين احكامها الخاصة بها .

وان الشريعة الاسلامية تنتمي بوجه عام الى هذه الفئة الاخيرة . ويفسّر ذلك ما نعرفه من ان الاجتهاد في الفقه الاسلامي لم يكن وليد النظريات ، بل كان أساسه القضايا العملية والمسائل الحقيقية والفرضية التي عرضت على الفقهاء . ولذا لا غرو من ان نجد نظرية الجرم مبعثرة في ابواب من الفقه مختلفة باختلاف انواع الجرائم المعروفة . ولقد رأينا قسماً من ذلك في الفصول السابقة ، اي في الحدود والجنايات الجثمانية والغصب . ونحن نتابع الآن في هذا الباب بحث القسم الباقي ، وموضوعه الاعتداء على الاموال ، او الاتلاف والافساد كما سمّي في الاصطلاح

الفقهي [١] .

وعلى الرغم من هذا الاسلوب الذي اتبعه الفقهاء المسلمون في دراسة الجرائم ، فانهم توصلوا الى وضع قواعد تصلح في مجموعها لان تكون أساساً لمبدأ عام يشملها جميعاً . فلقد رأينا ، في الجنايات الجثمانية التي لم يحدد لها الشرع قصاصاً ولا دية ولا أرشاً كيف توسع الفقهاء في حكومة العدل، وكيف جعلوا منها مبدأ عاماً، يقضي بان كل اعتداء ضار يصيب المرء في جسمه يلزم فاعله بالضمان حسب تقدير القاضي .

وكذلك هم وضعوا مبدأ عاماً في باب اتلاف الاموال يقضي بان كل عمل ضارّ أصاب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدي . وهذا المبدأ الذي نجده في باب الاتلاف بصورة خاصة قد تبسط الفقهاء فيه وأدخلوا تحته أمثلة خارجة عن الضرر المالي ، حتى سمي كل ضرر اتلافاً ، سواء أوقع على المال او على النفس [٢] . وقد كانت نتيجة كل ذلك تأسيس نظرية وسيعة في الضمان وأسبابه وشروطه ، نظرية مبنية على قواعد كلية تشمل معظم الجرائم ان لم نقل جميعها .

ولقد جمع بعض الفقهاء مصادر الضمان وأثبتوها بصورة عامة دون التفريق بين أنواع الجرائم المختلفة . فقسموا أسباب الضمان ثلاثة أقسام : اولها المباشرة كالقتل والاحراق ، والثاني التسبب للاتلاف كحفر الآبار ورمي ما يزلق الناس في الطرقات ، والثالث اثبات اليد العادية وهو الغصب [٣] . فالغصب قد مرّت معنا احكامه . اما الفرق بين المباشرة والتسبب وما يتصل به من قواعد كلية فسنوضحه قريباً . وسنرى ان هذه القواعد لم تحصر في اتلاف الاموال فحسب ، بل جاوزت هذا الى أمثلة اخرى من الاعتداء على الجسم وغيره .

وهذا النحو من التعميم يؤيده الحديث الشريف: « لا ضَرَر ولا ضِرار » [٤] . والحديث نقلته مجلة الاحكام العدلية (المادة ١٩)، وهو بلا ريب من القواعد الكلية

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ٣٣٢ .

(٢) راجع مثلا البدائع ، ج ٦ ص ٢٨٣ .

(٣) راجع كتاب قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام (ج ٢ ص ١٤٨) ، وكتاب الفروق للقرافي (ج ٢ ص ٢٠٦) ، والوجيز للغزالي (ج ١ ص ٢٠٥) .

(٤) هذا حديث حسن اخرجه احمد في مسنده ومالك في الموطأ والحاكم في المستدرك والبيهقي وابن ماجه والدارقطني . راجع الجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٩٨٩٩) ، والابهاج شرح المنهاج للسبكي (بذيل شرح الاسنوي، ج ٣ ص ١٠٨) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٩ ــ ٦٠)

الاساسية في الشريعة الاسلامية . فعبارة « لا ضرر »[١] تعني منع كل اعتداء ضار أو كل اضرار بالغير بدون حق ، كما ان عبارة «لا اضرار » تقوي ذلك وتؤيده وتزيد عليه معاني اخرى نبينها في فصل قريب ، اي في الفصل المتعلق باحكام الضمان .

شروط المسؤولية

ليس كل فعل جرماً ، وليس كل ضرر موجباً للضمان . بل يجب ليكون الفعل مصدراً للالتزام ان يستوفي شروطاً معينة . ففي البدائع قيل عن الاتلاف الموجب للضمان انه يجب ان يقع اعتداءً وإضراراً ، سواء بالمباشرة او بالتسبب[٢] . وهو تعريف فيه معنى الجرم كما ورد في القوانين الحديثة . مثاله في قانون الموجبات والعقود اللبناني : « الجرم عمل يضر بمصلحة الغير عن قصد وبدون حق . وشبه الجرم عمل ينال من مصلحة الغير بدون حق ولكن عن غير قصد » (المادة ١٢١).

فيستخلص من هذا انه يشترط لوجوب الضمان او لتحقق المسؤولية الجرمية توافر بعض الشروط ، وهي : —

اولا — يجب أن يكون العمل مضراً .

ثانياً — يجب أن يحصل الضرر اعتداءً او تعدياً ، أي بدون حق .

ثالثاً — يشترط أن يكون الضرر نتيجة الاعتداء مباشرة او تسبباً .

رابعاً — يشترط في الشرع الاسلامي ، وان لم يظهر ذلك من التعريف ، ان يكون الجرم قد حصل تعمداً في بعض الاحيان ، وخاصة في حال التسبب او في أحوال الضرر الناتج عن الحيوانات ، او الاشياء الجامدة . ولا بدّ من الملاحظة منذ الآن أن التعمد في هذا المعرض لا يعني القصد فحسب ، بل يشمل التقصير وعدم التحرز .

ونحن، بعد تعداد هذه الشروط، نوضح كلا منها في فصل على حدة على الترتيب الآتي : العمل الضار ، التعدّي ، المباشرة والتسبب . ثم نتبعها بفصل أخير عن احكام الضمان الواجب . وبعد ذلك نبحث في الباب التالي في أحوال خاصة من الضمان ، كالمسؤولية عن عمل الغير ، وجناية الحيوان والجوامد .

---

(١) يقابلها في اللاتينية قاعدة « Alterum non laedere » .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ص ١٦٥ .

الفصل الثاني

العمل الضار

العمل

ان الضرر الذي يوجب الضمان يفترض وجود عمل يسببه . وهـذا العمل يجب ان يفسّر باوسع معانيه . فهو لا يكون فعلاً مادياً فحسب ، بل يندرج تحته القول الضار ، والسلوك الاثيم ، والخداع وما أشبه . ولا بأس بامثلة وجيزة توضح هـذه الانواع المختلفة من الاعمال غير المباحة .

فأولا وغالباً يكون العمل الضار بواسطة الفعل ، وأمثلة ذلك عديدة لا تحصى . فالضرب والقتل والاحراق وقطع الاشجار وما اليها ، كلها أفعـال مادية ظاهرة الضرر ، لا تحتاج الى بيان .

ويكون العمل الضار بالقول احياناً ، كما في الشهادة الكاذبـة . فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد الحكم في دعوى مالية وأقرّا بانهما شهدا زوراً ، فان الحكم لا ينقض في الرأي السائد ، بل يغرم الشاهـدان ما أصاب المدعى عليه من الضرر ، اي يضمنا المال المحكوم به[1] .

وكذلك أحيانا يعتبر الامتناع عن اجراء ما يجب اجراؤه موجباً للضمان ، اذا نتج منه ضرر للغير . مثاله لو سقط حائط مائل الى الانهدام بسبب امتناع صاحبه عن ترميمه ، وتضرر من سقوطه أحد الناس ، كان صاحبـه مسؤولا عن الضرر ، بشروط سنذكرها في الباب القادم .

---

(١) راجع المادة ١٧٢٩ من المجلة، والشرح الكبير (بذيـل المغني ، ج ١٢ ص ١١٣) ، وتنقيح الفتاوى الحامدية (ج ١ ص ٣٧٣ـ٣٧٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ٢٨٣) ، وقواعد الاحكام (ج ٢ ص ١٥١) .

ويكون السلوك ايضاً من أسباب الضمان ، سواء أكان هـذا السلوك قولاً أو فعلاً أو امتناعاً أو مزاجاً من كل ذلك . مثلاً من اقام الدعوى على غيره افتراء بغير حق ، ثم اقرّ بانه مبطل في دعواه ، فالحاكم يعزره . وكذلك من سعى الى الحاكم أو السلطان أو اشتكى الى أحدهما بلا حق ، كان عليه ضمان ما غرمه المدعى عليه في قول محمد بن الحسن الشيباني . وبقوله يفتى في هذه المسألة ، زجراً للمفترين وصيانة لاموال الناس [١] .

واخيراً يعدّ من امثلة الاعمال الضارة الاكراه ، كما سيأتي في الباب القادم ، والخداع او التغرير ، كما سنوضحه في بحث العقود وعيوب الرضى .

الضرر المادي

لا بدّ من وجود الضرر لتوجب الضمان في التصرفات الفعلية المحرّمة . فطبيعي ان العمل الذي لا يضر احداً لا يكون سبباً للشكوى والتذمر ، ولا للمطالبة باي تعويض على الاطلاق .

ولا يشترط ان يكون الضرر فاحشاً في الاعمال غير المباحة ، بل يكفي فيها الضرر اليسير لايجاب الضمان . وذلك خلافاً لما قالت به النظرية المادية التي اتبعتها المجلة في الاعمال المباحة واستعمال الحقوق ، اذ لا يمنع في ذلك كما رأينا الا الضرر الفاحش .

ويتحقق الضرر في الاموال بالاتلاف . ومعناه اخراج الشيء « من ان يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة » . وهو إما أن يكون تاماً ، ويسمّى الاستهلاك ، كقتل الحيوان ، أو حرق الثوب او كسر الفخار أو ما الى ذلك ، وإما ان يكون ناقصاً ، ويسمّى الافساد ، كما في خرق الثوب أو قطع رجل الدابـة أو ما أشبه [٢] .

ويجب في الاتلاف أن يكون الشيء المتلف مالاً ، وان يكون هذا المـال منقوّماً محترماً . وقد بينا ، في القسم الاول من هذا الكتاب ، معنى المـال المتقوّم

---

(١) راجع تنقيح الفتاوى الحامدية (ج ١ ص ٣٦١ و ٣٧٣ ، وج ٢ ص ١٩٠) ، ومجمع الضمانات (ص ١٥٤) .

(٢) القوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٦٤)

والخلاف الواقع بشأنه في المذاهب الاسلاميـة . ولسنا نعود الى تكراره الآن . فعليه لا ضمان على من أتلف الجيفة مثلاً لأنها لا تعد مالا في الشرع . ومثله لا ضمان على متلف مال الحربي لأنه مال غير محترم ، ولا على متلف الخمر او لحم الخنزير اذا كانا لمسلم لأنها غير متقومين أي لا قيمة لهما بحقه ، بخلاف ما إذا كانا لذمي في مذهب بعض الفقهاء ، كالحنفيين والمالكيين [١].

وعلى العكس يكون الضمان واجباً على من اتلف مالاً متقوماً محترماً . مثاله يحكم بالتعويض على من كسر حلية فضة في سيف او تاج او في غير ذلك ، وعلى من جنى على عبد او ما اشبه او شيء آخر له صفة المالية المحترمة [٢].

الضرر المعنوي

إذا كان لا بدّ من الضرر المادي في الاتلاف ، فهـل يكفي الضرر الادبي في غيره ? نعم يكفي ذلك لايجاب الضمان في النظريات الحديثة . لذا ورد في قانون الموجبات والعقود اللبنـاني ان « الضرر الادبي يعتدّ به كما يعتدّ بالضرر المادي » (المادة ١٣٤) .

أما في الشرع الاسلامي ، فلا ضمان في الاصـل بسبب الضرر الأدبي ، لان الضمان مال ، والضرر الأدبي لا يمكن تقويمه بالمال . فعليه قال جمهور الفقهاء أنه لو شتم أحد آخر فآلمه في نفسه ، او لوطمه على وجهه أو جرحه ولم يترك ذلك أثراً أو لم يفوّت منفعة ، ففي كل هذا لا ضمان على الجاني [٣] .

وبرغم ذلك ، كان من الفقهاء المسلمـين من قال بلزوم التعويض بسبب الضرر الادبي في حالة الالم . فلقـد مرّ معنا في فصل الجنايات الجثمانية ما قاله أحد اصحاب ابي حنيفـة بهذا الشأن . وهو انه في الضرب او الجرح الذي لا يترك اثراً يتوجب على الجاني « حكومة العدل » ، اي تعويض يقدّره القاضي بقـدر ما لحق المضروب او المجروح من الألم .

---

(١) انظر تفصيل ذلك مع المراجع المتعلقة به في الباب الاول من القسم الاول من هذا الكتاب، وانظر كتاب المغني ، ج ٥ ص ٤٤٢-٤٤٣ .

(٢) راجع المحلى ، ج ٨ رقم ١٢٦٧ - ١٢٦٨ .

(٣) المغني (ج ٩ ص ٦٦٥) ، والمبسوط (ج ٢٦ ص ٨١) .

اضف الى هذا ان الضرر الادبي ، كما في الشتم مثلا ، وان كان لا يوجب الضمان في الاصل ، إلا أنه لا يترك بلا عقاب . بل هو يوجب التعزير على الجاني كما يقدّره القاضي . وهذا العقاب المتوقف على شكوى المتضرر فيه تعويض أدبي كاف يماثل الضرر الادبي .

ويؤيد هذا المذهب ما نراه اليوم من تردد عند بعض علماء القانون . فبعضهم لا يرى موجباً للتعويض من الضرر الادبي ، ولا يرى للالم ثمناً [١] . وكثير منهم متفقون على ان الضرر الادبي لا يوجب الا تعويضاً اسمياً لعدم الخسارة الحقيقية فيه ، اذ لا ينكر ان من يُعتدى عليه بالشتم او بالصفع العادي لا يخسر بسبب ذلك فلساً من المال [٢] . فلا عجب إذن في مثل هذه الاحوال من ان نرى المحاكم غالباً لا تحكم الا بفرنك او بمبلغ زهيد آخر ، كتعويض رمزي ليس الا .

---

(١) Pretium doloris .

(٢) راجع كتاب الجرائم لبولوك (ص ١٨٩) ، وكتاب القانون المدني الفرنسي لجوسران (ج ٢ رقم ٤٤١) .

الفصل الثالث

التعدي

معنى التعدي

من الامور المعروفة في كل اللغات أن الكلمة الواحدة تستعمل أحياناً في معانٍ مختلفة . وهذا الاختلاف في الاستعمال لا يجب أن يفسر بالغموض ولا بالابهام . ومن أمثلة ذلك كلمة التعدي في اللغة العربية ، فانها استعملت في معانٍ عديدة ، ولكن في مناسبات مختلفة ، وهي كلها متقاربة سهلة الفهم . فلذا ينبغي ألا يعلق على هذا التعدد في الاستعمال أهمية شرعية كبرى ، كما حاول البعض ذلك .

فقد استعملت كلمة التعدي ، لا سيما عند الفقهاء المالكيين ، بمعنى الجناية أو الجرم بوجه عام . فالتعدي بهذا الاصطلاح يقسم الى اقسام ، فيكون في الاموال كما يكون في النفوس والابدان وما الى ذلك [١] .

واستعملت هذه الكلمة عند المالكيين ايضاً بمعنى غصب المنفعة . فيسمى الاستيلاء على رقبة مال الغير غصباً ، ويسمى الاستيلاء على منفعته تعدياً . فبهذا المعنى قال ابن عرفة التعدي هو ، « التصرف في شيء بغير اذن ربه دون قصد تملكه » ، وقال ابن عاصم في ارجوزته « تحفة الحكام » : « المتعدي غاصب المنافع » [٢] .

ولكن الاستعمال السائد لهذه الكلمة في الفقه هو لمعنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق . فيقال عن العمل جرى تعدياً ، بمعنى انه جرى بدون حق أو مجاوزةً في حق الغير . وهذا المعنى ، كما ترى ، هو نفس المعنى اللغوي . ففي

---

(١) القوانين الفقهية ، ص ٣٣١ .

(٢) راجع البهجة شرح التحفة للتسولي (ج ٢ ص ٣٤٤ و ٣٥١) ، والتاج والاكليل للمواق (بهامش الحطاب ، ج ٥ ص ٢٧٤) .

اللغة ، تعدّى تعدّياً أو اعتدى اعتداءً معناه جاوز ، فيقال تعدّى الحق أي جاوزه . وكذلك تعدّى أو اعتدى على المرء أو عدا عليه عدواناً يعني ظلمه وتجاوز الى حقه [١] . وهذا هو المعنى الذي نستعمله الآن في هذا الباب .

وختاماً ، نحن لا ننكر ان كلمة التعدّي استعملت أحياناً بمعنى التعمد وعدم التحرز ، كما نلاحظ في بعض كتب الفقه . ولكن هذا الاستعمال مغلوط ، يجب الانتباه اليه [٢] .

التعدي في العمل الضار

ليس كل عمل ضار محرماً وممنوعاً ، بل لا بدّ للمنع والتحريم من ان يحصل هذا العمل تعدّياً ، أي بدون حق او جواز شرعي . فالقاعدة العامة في هذه المسألة كما رأينا ، هي ان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . لذا فالضرر الناتج عن عمل مباح أو عن استعمال حق لا يوجب التعويض ولا يمنع ، الا في مستثنيات درسناها في باب استعمال الحقوق .

والعمل الضار يكون مباشرة أو تسبباً كما سنرى في الفصل القادم . ولكن في كل حال ، يجب أن يحصل تعدّياً ، أي بلا جواز شرعي . وامثلة ذلك عديدة ، نكتفي ببعض منها على سبيل الايضاح .

اولا — في الاعتداء مباشرة . تكلمت المجلة عن الضمان في مسألة قطع الاشجار في ملك الغير ، واشترطت ان يكون ذلك بغير حق (المادة ٩٢٠) ، لانه اذا كان بحق ، كما لو جرى باذن المالك مثلا ، فلا ضمان فيه .

وكذلك لوهدم أحد داراً بلا إذن صاحبها لاجل وقوع حريق في المحلة وانقطع

---

(١) هذا في جميع القواميس المعتبرة . راجع مثلا لسان العرب تحت فعل عدا ، في فصل العين من حرف الواو والياء .

(٢) جاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١٣) ، وفي المجلة (المادتين ٩٢ و ٩٣) ، قاعدة « المباشر ضامن وان لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد » ، وسيأتي تفسيرها لاحقاً . ولكن البغدادي في « مجمع الضمانات » (ص ١٤٦) ، مع اقراره بانه اخذ هذه القاعدة عن الاشباه ، قد نقلها بعبارة مغلوطة وضع فيها كلمة التعدي مكان التعمد فجاءت هكذا : « المباشر ضامن وان لم يتعد ، والمتسبب لا الا اذا كان متعديا » . وربما كان هذا من اسباب الغلط في عدم التمييز بين التعدي والتعمد عند بعض المتأخرين .

هناك الحريق ، فهو ضامن ان كان قد هدمها بنفسه دون إذن أولي الامر (المادة ٩١٩) . فهنا ، بعبارة أخرى ، جرى الهدم تعدّياً بلا إذن من المالك او من أولي الأمر ، فكان من ثم سبباً للضمان .

ثانياً – في احوال جرائم التسبب . جاء في المجلة ايضاً : « يشترط التعدّي في كون التسبب موجباً للضمان ، على ما ذكر آنفاً . يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق . مثلاً لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن أولي الامر ، ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت ، يضمن . واما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت ، فلا يضمن » (المادة ٩٢٤).

ومن أمثلة التعدّي في تسبب الضرر ما يحدث احياناً في الطريق العام . فالاصل في ذلك ان لكل إنسان ان يمر في الطريق ، ولكن ليس له الجلوس فيه او وضع شيء او أحداثه بلا إذن أولي الامر . فاذا فعل شيئاً من ذلك ، كان فعله تعدياً وبدون حق او جواز شرعي ، وكان هو ضامناً لكل ضرر يتولد من هذا الفعل[١] . « بناء عليه لو وضع احد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة ، وعثر بها حيوان آخر وتلف ، يضمن . كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن ، وزلق به حيوان وتلف يضمن » (المادة ٩٢٧) .

وبمعناه قال السرخسي : « اذا وضع الرجل في الطريق حجراً ، او بنى فيه بناء ، او اخرج من حائطه جِذعاً ، او صخرة شاخصة الى الطريق ، او أشرع كنيفاً او جناحاً او ميزاباً ، او وضع في الطريق جذعاً ، فهو ضامن لما اصاب من ذلك ، لانه مسبب لهلاك ما تلف بما احدثه ، وهو متعدّ في هذا التسبب . فانه احدث في الطريق ما يتضرر به المارة او يحول بينهم وبين المرور في الطريق ، الذي هو حقهم »[٢] .

ففي كل ذلك ، كما ترى ، كان سبب الضمان التعدي ، وهو العمل بدون حق ولا جواز شرعي . وان اشتراط التعدي لوجوب الضمان يستتبع انتفاء الضمان عند عدم التعدي ، اي في كل مرة يكون العمل فيها جائزاً شرعاً ، وذلك عملاً بقاعدة

---

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١٢٢ .

(٢) المبسوط (ج ٢٧ ص ٦) . انظر خلاف مالك والشافعي في مسألة الميزاب في المغني (ج ٩ ص ٥٧٦) .

« الجواز الشرعي ينافي الضمان » .

ويكون الجواز الشرعي في احوال متعددة متنوعة ، نورد اهمها ، على سبيل التذكير والتبيين ، وهي استعمال الحق ، واذن الغير ، او اذن اولي الامر ، والضرورة .

ففي استعمال الحق نحن نعلم ان من يستعمل حقه ، لا ضمان عليه في الاصل ، ولو تضرر الغير من هذا الاستعمال ، وذلك فيما خلا المستثنيات التي رأيناها في باب استعمال الحقوق . ونحن لا نعود الى تكرار ما قلناه بهذا الشأن .

أما باقي أنواع الضرر الجائز ، فلا بأس بكلمة وجيزة توضح كلا منها .

اذن صاحب الحق او اولي الامر

لا ريب في أنه لا ضمان على من يستعمل حق غيره باذنه . مثاله لو حفر أحد بئراً « في ملك غيره باذنه ، فلا ضمان عليه لأنه غير معتدٍ بحفرها » [١] .

ومثله ينتفي التعدي في الاصل بقبول المعتدى عليه في اتلاف الاموال وفي قطع الأعضاء أو الجراح . وسببه ان عصمة هذه الاشياء تثبت حقاً لصاحبها ، فهي لذلك تحتمل السقوط بالاباحة والاذن . فعليه لو أمر أحد آخر بان يقطع يده أو بان يتلف ماله ، وفعل هذا ما أمر به ، فلا ضمان عليه . ولكن السكوت وحده لا يكفي . مثاله « من رأى الغير يشق زقه فسكت حتى سال ما فيه ، يضمن الشاق» . أي ان سكوت صاحبه لا يعدّ قبولا وموافقة على اتلاف ماله .

هذا في الأموال والجراح . أما في النفس فلا عبرة بقبول المجني عليه ، لأن عصمة نفس الانسان مما لا تحتمل الاباحة بحال . ولذا لو قال احد لآخر اقتلني فقتله ، فالضمان واجب ، أي أن الدية واجبة على القاتل رغم قبول القتيل واذنه ، وأيضاً يجب القصاص في ذلك عند بعضهم كالامام زفر الحنفي [٢] .

وشبيه بهذا الحكم ما نراه اليوم في القوانين العصرية من عدم تضمين الجاني الضرر الحاصل إذا كان بموافقة المعتدى عليه ، وذلك في اتلاف الاموال ، وايضاً في الاعتداء على الابدان إذا كان هذا الاعتداء لا يؤثر عل الامن العام أو على

---

(١) المغني ، ج ٩ ص ٥٦٦ .

(٢) البدائع (ج ٧ ص ٢٣٦ و ١٦٨) ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٨) .

المصلحة العامة . مثاله ينتفي الضمان بالاذن في العمليات الجراحية وفي حفلات الملاكمة النزيهة ولعب كرة القدم (الفوتبول) وما أشبه ، ولكنه لا ينتفي في المبارزة وما اليها [١] .

ولا يشترط لنفي التعدّي ان يكون الاذن سابقاً ، بل يصحّ ان يكون لاحقاً عند بعض الفقهاء . فلقد رأينا ان الاجازة تلحق التصرفات الفعلية ، أي أن اجازة صاحب المال اللاحقة تنفي الضمان عن الغاصب في مذهب الامام مالك ، والامام محمد صاحب ابي حنيفة ، وتنفيه عن متلف مال الغير في القول المفتى به عند الحنفيين [٢] .

وتعليل هذا الحكم يرتكز على قياس العكس من القاعدة الكلية انه لا يجوز لاحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذنه . أو بعبارة أخرى يجوز التصرف في حق الغير متى كان باذن صاحبه .

وان السلطان أو من يقوم مقامه ، بماله من الولاية العامة على مصالح الناس وحقوقهم ، يعود اليه تدبير أمورهم العامة ، كمسائل الطريق وما أشبه .

فعليه جاء في كتب الفقه انه إذا احتفر الرجل في سوق العامة بئراً او بنى فيها دكاناً باذن أولي الامر ، فهو غير ضامن لما عطب به من شيء لانه لم يكن متعدّياً في هذا التسبب والعمل [٣] . وهذا شبيه بفعل الحافر في ملك الغير باذنه [٤] . ففي الحالتين يرتكز الفعل على اذن شرعي ، ومن ثم ينتفي التعدّي لان الفعل لم يحصل ظلماً بغير حق .

ولهذا ايضاً منعت مجلة الاحكام العدلية الضمان عمّن هدم دار غيره باذن أولي الامر ، لاجل منع تسرب الحريق في المحلة (المادة ٩١٩) .

---

(١) راجع تطبيق قاعدة « Volenti non fit injuria » في كتاب بولوك المذكور ، ص ١٦٣-١٦٦ .

(٢) انظر ما قلناه بهذا الشأن ، مع المراجع التي ذكرناها ، في بحث الفضولي في الفصل الثاني من الباب الرابع من القسم الاول من هذا الكتاب .

(٣) المبسوط ، ج ٢٧ ص ٢٥ .

(٤) المغني ، ج ٩ ص ٥٦٦ .

الضرورة

من القواعد الكلية الثابتة ، في مجلة الاحكام العدلية وفي كتب الفقه كالاشباه والنظائر ، ان الامر إذا ضاق اتسع ، وان الضرورات تبيح المحظورات ، والمشقة تجلب التيسير .

وهذه القاعدة مبنية على ادلة شرعية ونصوص أصلية . ولكنها مقيدة بقيود ، وهي : ان الضرورات تقدر بقدرها ، وان ما جاز لعذر بطل بزواله ، وانه عند تعارض مصلحتين يختار أهون الشرين ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف [1] .

ومن أهم هذه القيود القاعدة الكلية الواردة في الجامع [2] وفي المجلة ، وهي ان « الاضطرار لا يبطل حق الغير . يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فاكل طعام الآخر ، يضمن قيمته » (المادة ٣٣) . وهذا الحكم متفق عليه عند جمهور الفقهاء ، إلا عند الامامين مالك وابن حنبل في أحد قوليهما . فقد روي عنهما انهما نفيا الضمان عن آكل مال الغير جوعاً ، « لوجوب المساواة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك ، والايثار بالفضل مع ضرورة المحتاج » [3] .

وكذلك رأينا انه لو وقع حريق في محلة ، فهدم رجل بيت جاره لئلا يحترق بيته فلا ضمان عليه ، ان كان ذلك باذن أولي الامر (المادة ٩١٩) . ولكن ان كان الهدم بدون هذا الاذن ، فالهادم يضمن قيمة بيت الجار [4] .

ومن أمثلة انتفاء التعدّي والضمان احوال القتل بحق ، كما في قتل الجلاد للمحكوم عليه ، او في القتل ضرورة دفاعاً عن النفس او عن المال او عن العرض [5] .

وقد اختلف الفقهاء في مسألة الحيوان الصائل الذي يهجم على المرء ، ولا يقدر هذا عن الامتناع منه الا بضربه وقتله . فابو حنيفة واصحابه والثوري يقولون بان

---

(١) انظر تفصيل ذلك مع ادلته ومصادره وامثلته في باب الضرورة والحاجة من كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣١٢ .

(٣) الفروق للقرافي (ج ٤ ص ٩) ، واعلام الموقعين (ج ٣ ص ٨) .

(٤) الفتاوى البزازية (ج ٣ ص ١٦٥ بهامش الهندية) ، ومجمع الضمانات (ص ٤٥٢) .

(٥) انظر ما جاء بهذا الشأن مع مراجعه في الفصل الثالث من الباب السابق من هذا الكتاب .

على القاتل ضمان قيمته ، لانه أتلف مال غيره لاحياء نفسه . ولكن باقي أئمة المذاهب قالوا بعدم الضمان ، لان القتل كان ضرورياً لدفع شر البهيمة [١] . وهو قول وجيه ، لانه لما كان يحق قتل الانسان دفاعاً عن النفس او المال او العرض بدون عقاب ولا ضمان ، فكان من باب اولى ان يحكم كذلك في قتل الحيوان الصائل .

ويستند مذهب جمهور الفقهاء الى القاعدة التي أوضحها ابن رجب ، وهي ان « من اتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه ، وان اتلفه لدفع أذاه به ضمنه » [٢] . وهذا ما يفرّق عند جمهور الفقهاء الحكم في مسألة أكل مال الغير اضطراراً عن الحكم في مسألة قتل الحيوان الصائل .

وأخيراً ، وان كان دخول ملك الغير لا يجوز في الاصل بدون اذنه او اذن اولي الامر ، الا ان ذلك جائز في احوال الاضطرار ايضاً . مثاله في حال الغزو يجوز للغزاة دخول ملك الغير ، اذا كان هذا الملك مشرفاً على العدو ، وكان الدخول يسهل قتاله . وكذلك يجوز دخول ملك الغير لاجل اصلاح دار الداخل ، او لاجل القاء القبض على الناهب اذا اختبأ فيه ، او ما الى ذلك من الامثلة [٣] .

وعلى الجملة ، فجميع هذه الامثلة من العمل الضار ، سواء اكانت بنتيجة اذن صاحب الحق او اذن أولي الامر ، ام بداعي الضرورة ، كل هذه لا ضمان فيها لانها كانت بحق وبدون تعدّ . وهي تثبت ما قلناه ان التعدّي هو من شروط الضمان في الاعمال الضارة . والتعدي كما ترى ، يقف فارقاً ظاهراً بين الاعمال المباحة والاعمال المحرمة .

---

(١) المجامع (في الموضع المذكور) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٥٠-٣٥١) ، والام (ج ٦ ص ١٧٢) ، والفروق (في الموضع المذكور) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٩) .

(٢) القواعد لابن رجب ، القاعدة ٢٦ ص ٣٦ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ص ١٧٣ .

الفصل الرابع

علاقة الضرر بالجرم

المباشرة والتسبب

لا بدّ في المسؤولية الجرمية من ان يكون الضرر ناتجاً من الجرم . او بعبارة ثانية لا بدّ للضرر من ان يكون مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب .

ومن هذه الناحية تنقسم الأضرار التي تتولد من الجرائم ثلاثة أقسام : أولها الاضرار المباشرة ، والثاني الاضرار غير المباشرة المتصلة بالجرم اتصالا ظاهراً ، والثالث الاضرار غير المباشرة البعيدة . وبصورة عامة يسأل المجرم عن القسم الاول أي عن الاضرار المباشرة ، ولا يسأل عن القسم الثالث أي الاضرار غير المباشرة البعيدة . وكذلك لا يسأل من باب أولى عن الاضرار التي لا علاقة لها بالجرم .

أما القسم الثاني من هذه الاضرار فالرأي المقبول اليوم في القوانين العصرية يجعل المجرم مسؤولا عنه ايضاً . مثاله ما جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ان « الاضرار غير المباشرة يجب ان ينظر اليها بعين الاعتبار ، على شرط ان تكون متصلة اتصالا واضحاً بالجرم أو بشبه الجرم » (المادة ١٣٤ ، الفقرة الرابعة) .

وللشريعة الاسلامية نظرية خاصة شبيهة من حيث النتيجة بالنظرية التي ذكرنا . ففيها يعتد بالاضرار المباشرة وبالاضرار المسببة تسبيباً عن الجرم . ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب .

ففي المجلة « الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات . ويقال لمن فعله فاعل مباشر » (المادة ٨٨٧) . فالفاعل المباشر هو من حصل « التلف بفعله من غير أن

يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار »[١] .

مثاله في المباشرة من القطع والقتل وغيرهما ، يحصل الاتلاف « بايصال الآلة الى محل التلف »[٢] ، دون ان يفصل بينهما فعل آخر أو علة اخرى .

وتعريف التسبب هو « إحداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جري العادة ... » (المادة ٨٨٨) . أو هو « إيجاد ما يحصل الهلاك عنده ، لكن بعلة اخرى ، إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة »[٣] . ويشترط ، كما ترى ، ان يكون السبب « مما شأنه في العادة أن يفضي غالباً للاتلاف »[٤] . او بعبارة عصرية يشترط ان يكون الضرر الحاصل نتيجة عادية منتظرة من الجرم .

مثاله : « من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الارض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً . وكذلك إذا شقّ احد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن ، يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً » (المادة ٨٨٨) .

وقد ذهب بعض المؤلفين المعاصرين الى ان التفريق بين المباشرة والتسبب ، وما يتبعه من أحكام سنأتي على ذكرها فيما بعد ، هو تفريق روماني الاصل . ولكننا لا نقرهم على ذلك ، انما نرى أن مجرد الشبه وحده ، بفرض وجوده في مسألة من المسائل ، ليس دليلاً كافياً على النقل اذا لم يؤيده دليل آخر مقنع . ولقد رددنا على من قال بعكس ذلك في كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام »[٥] .

ونحن نورد فيما يلي بعضاً من أمثلة الضمان في المباشرة والتسبب ، ومن امثلة عدم الضمان عند انتفائهما .

---

(١) عن الولوالجية من كتاب القسمة ، كما نقله الحموي في غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، ج ١ ص ١٩٦ .

(٢) البدائع ، ج ٧ ص ١٦٥ .

(٣) الوجيز ، ج ١ ص ٢٠٦ .

(٤) الفروق للقرافي ، ج ٤ ص ٢٧ .

(٥) في باب مصادر التشريع الخارجية ، ص ٢٢٠ وما بعدها .

الاضرار مباشرة

من يتصفح كتب الفقه الاسلامي في باب الاتلاف والتعدّي يرَ أمثلة الاضرار مباشرة أقل من أمثلة التسبب . ويفسر ذلك ان هذه الفئة من الاضرار بسيطة لا تحتاج إلى عناء وتوضيح ، ولم تكن من ثم ميداناً للخلاف والمناقشة .

ولا ينبغي ان يفهم من ذلك ان أحوال المباشرة في الواقع أقل من احوال التسبب . فلقد رأينا في باب الحدود والجنايات على النفوس والابدان ان معظم تلك الجرائم تحصل مباشرة . مثاله السرقة واحوال العمد وشبه العمد والخطأ في القتل وقطع الاعضاء والجراح وما اليها تكون معظمها مباشرة لا تسبباً .

و كذلك في اتلاف الاموال ، لا تقل أحوال الاعتداء المباشرة عن احوال الاعتداء بالتسبب . مثاله يعتبر فاعلا مباشراً من قطع شجرة الغير ، أو ذبح حيوانه أو قطع أطرافه أو احرق ثوبه أو شقه ، أو هدم بناءه أو أحرقه ، أو كسر أو عطل ماله ، أو ما إلى ذلك مما لايعدّ ولا يحصى [1] .

فلذا كان من الخطأ ان يستنتج من قلة اهتمام الفقهاء بأحوال المباشرة ان المسؤولية فيها استثنائية بالقياس الى المسؤولية في احوال التسبب . فلا الواقع يبرر ذلك ، ولا الفقهاء قالوا به ، وليس في ابحاثهم او قواعدهم ما يؤيده [2] .

الاضرار تسبباً

يوجد التسبب كما قلنا في كل مرة يكون فيها الضرر ناتجاً ليس عن السبب الاصلي مباشرة ، بل عن علة اخرى متوقع حدوثها غالباً من هذا السبب على جري العادة . وحيثما وجدت المباشرة أو وجد التسبب كما أوضحنا ، توجد العلاقة المتصلة الظاهرة بين الضرر والجرم ، وتوجد من ثم المسؤولية الجرمية .

وبالعكس ينتفي الضمان عند انتفاء هذه العلاقة ، أي متى كان الضرر ناتجاً عن علة غير العلة المتوقعة عادة من السبب الاصلي .

(١) انظر امثلة من هذا النوع في جامع الفصولين(ج٢ ص١٢١ و ١٢٧)، والبدائع (ج٧ ص ١٦٥) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٤٧) ، والمواد ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٨ و ٩٢٠ من مجلة الاحكام العدلية .

(٢) راجع ما قيل بعكس ذلك في اطروحة الدكتور التيان المذكورة ، ص ٢١٢ .

وفي مسائل التسبب او عدم التسبب وما يتبعها من وجوب الضمان او عدمه أمثلة متنوعة لا تحصى حوتها الكتب الفقهية . ولقد اختلف الفقهاء في اجتهادهم فيها احياناً اختلافاً بيناً ، حتى استنتج البعض ان الجرائم وامثلتها في الشريعة الاسلامية غامضة ومتناقضة .

ونحن لا نشارك هؤلاء في قولهم ، بل نخالفهم ونرى ان المذاهب المعروفة وجمهور الفقهاء متفقون في جوهر الموضوع وفي المبدأ العام الذي يرتكز عليه ، ألا وهو اشتراط المباشرة او التسبب على ما عرفناهما . ولكن الخلاف كان في تطبيق المبدأ على المسائل الفقهية التي استعرضها الفقهاء . ففي المسألة الواحدة من هذه المسائل ، منهم من رأى وجود التسبب ، ومنهم من نفاه . وكل من الفريقين أدلى تأييداً لقوله بحججه وبراهينه .

وهذا التباين في الاجتهاد هو عين التباين الذي نراه اليوم في اجتهاد المحاكم عند تطبيق المبادىء العامة على المسائل والقضايا المعروضة . فاذن في كلا الاجتهادين لا خلاف في المبادىء أو النقاط الشرعية ، بل الخلاف كل الخلاف ليس إلا في تقدير الوقائع وتفسيرها وإعطائها وصفها القانوني أو الشرعي .

ولا ريب في أن العبرة للحكم الشرعي لا للوقائع المادية الاجتهادية . فعليه لا يصح ان يقال أن في الامر تناقضاً أو غموضاً .

ونحن سنرى في الفصل القادم طائفة كبيرة من أمثلة التسبب عند البحث في مسألة القصد أو التقصير المشروط . فنكتفي هنا باقتطاف بعض الامثلة من المسائل الخلافية الشهيرة ، ونستعرضها لنصور معنى التسبب والاسلوب الذي انتحاه الفقهاء في تفهمه . وأهم هذه المسائل تتعلق بالتسبب في ضياع الحيوان او الطير وما اليهما ، وبالزق ، وحبس المالك عن ملكه والعكس ، والفزع ونظائره .

التسبب في ضياع الحيوان او الطير وما اليهما

في مجلة الاحكام العدلية : « ... لو فتح احد باب اصطبل لآخر وفرت حيواناته وضاعت ، او فتح باب قفصه وفر الطير الذي كان فيه ، يكون ضامناً » (المادة ٩٢٢). وهو قول محمد بن الحسن الحنفي ومالك وابن حنبل، أي قول جمهور الفقهاء المسلمين . وحجتهم ان فتح القفص او الاصطبل تسبب لضياع ما فيه ، لان الفرار

من طبع الطير والحيوان . وهو اجتهاد حسن وجيه .

ولكن ابا حنيفة وابا يوسف قالا بعدم الضمان في ذلك ، لأن الطير والحيوان مختاران في حركاتهما ، فلا يكون الفتح تسبباً في ضياعهما . اما الشافعي واصحابه فقد اختاروا قولا وسطاً ، وهو ان الضمان يتوجب إذا هرب الحيوان او طار الطير من فوره ، او إذا اهاج الفاتح الطير او الحيوان على الفرار .

وان الخلاف الواقع في هذه المسألة واقع ايضاً بين الفقهاء في مسألة السفينة إذا حل رباطها فذهبت او غرقت ، وفي مسألة القن العاقل المربوط اذا حل احد رباطه فهرب . ففي هاتين المسألتين يضمن الفاعل الضرر عند مالك واحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن ، ولا يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف والشافعي . فعند القائلين بالضمان يعتبر التسبب موجوداً ، لان الضرر فيما ذكرنا يجري عادة كنتيجة للفعل . وعند الآخرين لا تسبب في الامر ، لان الاتلاف لم يكن سببه فعل الحل ، بل كان سببه الريح في مسألة غرق السفينة واختيار العبد في مسألة فراره .

الزق واندفاق ما فيه

لو فتح أحد زقاً فيه شيء مائع كالزيت وما أشبه ، فاندفق هذا المائع وتلف ، فجمهور الفقهاء يعتبرون الفاتح مسؤولاً عن هذا الاتلاف . ولكن إذا كان في الزق شيء جامد فذاب بسبب حرارة الشمس واندفق ، او اذا كان الاتلاف بسبب ريح او زلزال ، فبعضهم كالحنفيين قالوا بعدم الضمان مطلقاً ، وبعضهم كمالك وابن حنبل اوجبوا الضمان مطلقاً ، والشافعي قال بعدم الضمان في التلف بالريح او بالزلزال وبوجوبه فيما سوى ذلك . وجاء في جامع الفصولين نقلاً عن فوائد المحيط ان فاتح الزق لا يضمن في الاشياء الجامدة اذا لم ينقله ، أما لو نقله إلى موضع آخر كان ضامناً لتلفه [1] . وتعليل الخلاف هنا شبيه بتعليله في الطائفة السابقة من الامثلة .

---

(١) راجع في هذه الامثلة وما قبلها : البدائع (ج ٧ ص ١٦٦) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٦) ، وشرح سيدي خليل للخرشي (ج ٤ ص ٣٤٨ — ٣٤٩) ، والفروق للقرافي (ج ٤ ص ٢٧ — ٢٨) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٢) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (بذيل المجموع ج ١١ ص ٢٤٣ — ٢٤٧) ، والمغني (ج ٥ ص ٤٤٩ — ٤٥٢) ، والروض المربع (ج ٢ ص ١١٧) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ٩٧) .

حبس المالك عن ماله والعكس

لا شك في أنه لو حبس احد مالاً عن صاحبه حتى تلف ، كان الحابس ضامناً للاتلاف باعتباره غاصباً يضمن هلاك المغصوب .

ولكن اذا حبس أحد رجلا ، ومنعه بذلك عن ماشيته او حال بينه وبين ماله حتى تلف هذا المال ، فالحابس لا ضمان عليه ان كان قصده حبس المالك فقط ، إذ انه بعمله هـــذا لم يتصرف في المال وانما تصرف في المالك . ولكنه يعتبر متسبباً وضامناً ان لم يكن قصده من حبس المالك الا منعه عن ماله [١] .

وكذلك قال موفق الدين بن قدامة : « من أخذ طعام إنسان او شرابه في برية او في مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك ، او هلكت بهيمته ، فعليه ضمان ما أتلف به ، لانه سبب هلاكه » [٢] .

الفزع ونظائره

اذا بعث السلطان الى امرأة ليحضرهـــا فأسقطت جنينها ميتاً ، فهل يضمنه ؟ روي عن عمر بن الخطاب انه أرسل الى امرأة يدعوهـا اليه ، فبينما هي في الطريق فزعت واجهضت . فاستشار عمر الصحابة ، فأشار عليه بعضهم « ليس عليك شيء ، انما أنت والٍ ومؤدب » . ولكن عليّ بن ابي طالب خالفهم ، وقال لعمر : « ان ديته عليك ، لانك أنت أفزعتها والقت جنينها في سبيلك » .

وهذا الخلاف بين الصحابة انتقل الى الفقهاء . فقالت طائفـــة منهم كالشافعي وابن حنبل ، بقول علي بن أبي طالب [٣] . وقال غيرهم بقول باقي الصحـابة . ومن الطائفة الثانية اتباع المذهب الظاهري . فقد قال ابن حزم في هذه المسألة ان المرأة « بعث فيها بحق ، ولم يباشر الباعث فيها شيئاً أصلاً ، فلا شيء عليه . وانما كان يكون عليه دية ولدهـــا ، لو باشر ضربها أو نطحها . وأما اذا لم يباشر ، فلم يجن شيئاً اصلاً . ولا فرق بين هذا وبين من رمى حجراً الى العـدو ففزع من هويه انسان ،

---

(١) فتح العزيز (ج ١١ ص ٢٤٧) ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحـامدية (ج ٢ ص ١٨٠) .

(٢) المغني ، ج ٩ ص ٥٨٠ .

(٣) المغني (ج ٩ ص ٥٧٩) ، والام (ج ٦ ص ١٧٢) .

فهذا لا شيء عليه . و كذلك من بنى حائطاً فانهـدم ، ففزع انسان فمات »[١] . او بعبارة اخرى ، لا ضمان في كل ذلك لان الضرر غير مباشر وبعيد ، وليس مسبباً من الفعل الاصلي بصورة متصلة لازمة .

ومن نظائر هذه المسائل ما لو شهر احد سيفاً في وجه انسان او دلاّه من محل شاهق ففزع ومات من روعته او ذهب عقله ، أو لو صاح أحـد بصبي او مجنون صيحة شديدة فوقع من سطح او نحوه فمات او ذهب عقله وما أشبه ، ففي كل ذلك يقع الضمان على الفاعل لانه متسبب بما فعل[٢] . ولكن لو صاح احد على رجـل كبير فمات من خوفه ، لا يضمن الا ان تكون الصيحة فجاءة . و كذلك لو صاح احد على امرأة أو لو دخل على دارها غفلة فحصل لها رعب واسقطت جنينها بسببه ، فلا ضمان في كل ذلك عند الحنفيين . وتعليـله ان الموت او الاسقاط لم يكن من الصياح ، بل من الخوف وهو لم يصدر عن الصائح[٣] . أو بعبارة ثانية ، ليس في هذا صلة تسبب واضحة بين العمل المشكو منه وبين الضرر الحاصل .

واذا شهر انسان سيفاً على آخر فهرب منه ، وبينما هو هارب تلف بوقوعه من محل شاهق أو بانخساف سقف به ، او بسقوطه في بئر ، أو بغرقـه في ماء ، أو باحتراقه بنار ، او بافتراسه من حيوان او ما الى ذلك ، فهل في كل ذلك ضمان على شاهر السيف ؟ اختلف في الجواب عن هذا السؤال . فالبعض كأحمـد بن حنبل يقولون بتضمين الفاعل مطلقاً ، سواء اكان الهارب صبياً ام كبـيراً ، اعمى ام بصيراً ، عاقلاً ام مجنوناً . والبعض الآخر كالشافعي يقولون بعدم الضمان اذا كان الهارب بالغاً عاقلاً بصيراً ، الا ان يكون هلاكه من الوقوع في بئر مغطاة[٤] .

واخيراً اختلف الفقهاء الحنفيون فى مسألة من وقع في بئر حفرها انسان بلا اذن اولي الامر فمات جوعاً او غماً . فابو حنيفة يرى ان لا ضمان على حافر البئر ، لان الرجل الواقع « مات بفعل نفسه » ، وهو الجوع والغم ، والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع . وعند محمد عليه الضمان في الوجوه كلها ، لان ذلك حصل بسبب الوقوع في البئر ، ولولا ذلك لما مات جوعاً ولا غماً . و كذا عند ابي يوسف عليـه

---

(١) المحلى ، ج ١١ رقم ٢١٢٠ .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٢) ، والمغني (ج ٩ ص ٥٧٨) .

(٣) الفتاوى الخيرية ، ج ٢ ص ١٩٤ و ١٩٦ .

(٤) المغني (ج ٩ ص ٥٧٧) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٤٩)

الضمان في الغم لا في الجوع ، لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيها ، واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر » [١] . وكذلك « لو ادخل (احد) انساناً بيتاً وسد عليه الباب حتى مات جوعاً » ، فهو ضامن عند ابي يوسف ومحمد ، لا عند ابي حنيفة [٢] .

وعلى الجملة ، فالخلاصة التي لا شك فيها ، والتي تستنتج من كل ما تقدم ، هي أن جمهور الفقهاء توافقوا على وجوب الضمان عند التسبب وعلى انتفائه في النتائج البعيدة لعدم التسبب . ولكنهم اختلفوا في تقدير وجوب التسبب أو عدم وجوده في بعض المسائل والقضايا ، التي عرضت عليهم ، او التي استعرضوها في ابحاثهم ودراساتهم .

تعدد الفاعلين

كما يتعاون الناس على الخير والبر ، ويتشاركون في تدبير شؤون معيشتهم وترتيب معاملاتهم في الحياة ، كذلك مع الاسف هم يتعاونون احياناً على الشر وارتكاب الجرائم .

وإذا ما تعدد المجرمون في جرم واحد ، وكانوا جميعاً من فئة واحدة ، بان كانوا جميعا مباشرين او جميعا متسببين ، فالمسؤولية والضمان عليهم بالاشتراك . مثاله في الجنايات ، اذا قتل جماعة رجلا واحداً ، كان القصاص عليهم جميعا عند جمهور فقهاء الامصار [٣] . وايضا لو اتلف اثنان شيئاً واحداً بدون حق ، كان الضمان عليهما بالاشتراك . وكذلك رأينا في الحدود انه اذا كان السارقون جماعة وكان المسروق يبلغ نصاباً واحداً فقط ، عوقب الجميع عند مالك وابن حنبل . ولكن لا عقاب عليهم عند أبي حنيفة والشافعي ، الا ان يبلغ ما أصاب كلا منهم نصاباً شرعياً تاماً .

هذا اذا كان عمل الفاعلين من نوع واحد . وأما إذا اختلف عملهم ، ففي حكمه تفصيل واجتهاد . مثاله في السرقة ، لو اشترك رجلان في نقب حائط ، فدخل

---

(١) مجمع الانهر (ج ٢ ص ٦٥٣) ، وتكملة البحر الرائق للطوري (ج ٨ ص ٣٤٨) .

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١٧٢ .

(٣) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣٣١ .

أحدهما واخذ المال ، وناوله الآخر وهو ينتظره خارجاً . فالعقاب على الداخل وحده عند جمهور الفقهاء لانه هو السارق حقيقة . ولكن ابا حنيفة قال بعدم مسؤولية الاثنين كليهما ، لان السرقة لا تتم إلا بالنقب والاخراج [١] . ويفسّر هذا الاحتياط ما نعلمه من شدة العقوبة في السرقة .

ومن مسائل الخلاف في الضمان ما لو جرح اثنان آخر جرحاً وجرحه فاعل ثالث جرحاً ثانياً فمات المعتدى عليه من الجرحين ، أو لو وضع اثنان حجراً في الطريق بغير حق ، ووضع رجل ثالث حجراً آخر فعثر بالحجرين انسان وهلك . فعند البعض كابي يوسف والحنبليين في قياس مذهبهم ، يكون الضمان على الثلاثة اثلاثاً ، لان السبب حصل منهم اثلاثاً . وعند غيرهم ، كالامام زفر الحنفي ، يكون الضمان مناصفة ، النصف على الفاعلين الاولين ، والنصف الآخر على الثالث الذي جرح الجرح الثاني او الذي وضع الحجر الثاني ، وذلك باعتبار ان فعل الثالث وحده مساوٍ لفعل الاثنين معاً [٢] .

ولا بدّ من الاشارة اخيراً الى ان الاصل عند جمهور الفقهاء المسلمين ان كلاً من الفاعلين المسؤولين يتحمل ما يصيبه من الضمان دون ان يسأل الواحد عن الآخرين ، ودون ان يكون بينهم تكافل او تضامن . فالمتضرر يطالب كلاً منهم بما عليه ، ولا يطالبه بما له على الآخرين . وهذا كما ترى موافق للمبدأ الذي رأيناه في باب الجنايات وهو : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

ويستثنى من ذلك ما رأيناه في باب الغصب من ان الشيء المغصوب اذا تلف في يد شخص آخر غير الغاصب ، فصاحبه مخير إن شاء ضمّن قيمته الغاصب الاول وإن شاء ضمنها الثاني . وفي حالة تضمين الاول ، يرجع هذا على الثاني بما دفعه . ولا بعكس [٣] .

وايضاً في بعض المذاهب ، كالمذهب المالكي مثلاً ، اذا تلفت الثمار بفعل الجيش فان الواحد من أفراده يسأل عن فعل الجميع ، لان هؤلاء كالكفلاء عن بعضهم بعضاً . وكذلك اذا تعدّد السارقون او الغاصبون او المحاربون « فكل واحد منهم

---

(١) الميزان للشعراني ، ج ٢ ص ١٦٦ .

(٢) المغني ، ج ٩ ص ٥٦٥ — ٥٦٦ .

(٣) المادتان ٩١٠ و ٩١٢ من مجلة الاحكام العدلية .

ضامن لجميع ما أخذوه ، لان بعضهم قوي ببعض »[١] .

أما في بعض القوانين الحديثة ، فالتضامن موجود بين الفاعلين . فيكون أحدهم مسؤولا عن جميع الضرر تجاه المتضرر إذا طالبه بذلك . ولكن يشترط للتضامن بعض الشروط . مثاله جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني انه « إذا نشأ الضرر عن عدة أشخاص ، فالتضامن السلبي يكون موجوداً بينهم : اولا اذا كان هناك اشتراك في العمل ، ثانياً اذا كان من المستحيل تعيين نسبة ما أحدثه كل شخص من ذلك الضرر » (المادة ١٣٧) .

وان ما قدمنا يتعلق بما اذا كان الفاعلون من فئة واحدة . ولكنهم اذا لم يكونوا كذلك ، بل كان أحدهم مباشراً والآخر متسبباً ، فالأصل تقديم المباشر على المتسبب . ونحن سنوضح الآن هذا الاصل ، ثم نتبعه بستثنياته .

قاعدة تقديم المباشر على المتسبب

في القواعد الكلية من كتاب الاشباه والنظائر : « اذا اجتمع السبب والغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة »[٢] ، أو « إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم الى المباشر »[٣] .

وقد نقلت المجلة هذه القاعدة وقالت : « إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، يضاف الحكم الى المباشر . مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام ، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ، ضمن الذي ألقى الحيوان ، ولا شيء على حافر البئر » (المادة ٩٠) .

وورد في قواعد ابن رجب انه « اذا استند اتلاف اموال الآدميين ونفوسهم الى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، الا ان تكون المباشرة مبنية على السبب »[٤] .

فلو حفر احد بئراً تعدّياً ، وجاء انسان ودفع آخر والقاه في البئر فهلك ،

---

(١) شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٣١٦ — ٣١٧) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٣٣) .

(٢) عبارة كتاب السيوطي ، ص ١٠٩ .

(٣) عبارة كتاب ابن نجيم ، ص ٦٤ .

(٤) كتاب القواعد لابن رجب ، القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٥ .

فالضمان على الدافع دون الحافر [١].

وتفسير ذلك ان الدافع فيما ذكرنا هو الفاعل المباشر للقتل ، وليس حافر البئر الا متسبباً بالنظر لتخلل علة اخرى بين الحفر والهلاك . وقد غلبت هنا المباشرة على التسبب ، لانها ارجح جهة ، ولان « شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض »[٢].

وبمعناه جاء في المجلة انه « لو فعل احد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء ، فحال في ذلك الوقت فعل اختياري ، يعني ان شخصاً آخر اتلف ذلك الشيء مباشرة ، يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً» (المادة ٩٢٥).

ومن هذا المبدأ امثلة اخرى عديدة ، لا بأس بايراد بعضها اتماماً للتوضيح : « فلو وضع رجل حجراً ، وحفر آخر بئراً او نصب سكيناً ، فعثر بالحجر (انسان) ووقع بالبئر او على السكين وهلك ، فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين ، لان واضع الحجر كالدافع له ، واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده »[٣].

وأيضاً لو دلّ احد لصاً على مال انسان فسرقه ، فالضمان على السارق لانه مباشر ، ولا شيء على الدالّ لانه متسبب . وكذلك لو فتح احد باب دار فسرق اللص منه متاعاً ، لم يضمن الفاتح عند جمهور الفقهاء ، ويضمن عند مالك[٤].

وكذلك اخيراً ، « لو كانت الدابة مربوطة ، والباب مغلق » ، فحل احد حبلها ، وأتى غيره وفتح الباب فهربت ، فالضمان على الفاتح وحده لانه هو المباشر[٥].

المستثنيات

ان لقاعدة تقديم المباشرة على التسبب مستثنيات ، يكون فيها المتسبب تارة

---

(١) البحر (ج ٨ ص ٣٤٨) ، والوجيز (ج ١ ص ٢٠٦) ، وشرح سيدي خليل للمواق (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٢٧٨) ، وكتاب القواعد في الموضع المذكور .

(٢) الفروق للقرافي ، ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٣) المغني (ج ٩ ص ٥٦٥) . انظر ايضاً كتاب الخراج لابي يوسف (ص ٩٦) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٥٠) ، ومجمع الضمانات (ص ١٨٠) .

(٤) فتح العزيز (ج ١١ ص ٢٤٧) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٤) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٥٦) وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٦) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، ومجمع الضمانات (ص ١٥٣) .

(٥) مجمع الضمانات ، ص ١٤٨ .

مسؤولا مع المباشر ، وتارة مسؤولا وحده . ونحن نبين ههنا اهم هذه المستثنيات :

اولا - تضمين المتسبب مع المباشر .

قال الفقهاء : « ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف ، كما في الحفر مع الالقاء ، فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء . واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان »[١] . اي يشترك المتسبب والمباشر .

وقد توسع الفقهاء في تطبيق هذا المذهب . وهاك بعض الامثلة من ذلك ، مقتطفة من المذاهب المختلفة . هذا فيما عدا مسائل الاكراه ، التي سنوضحها في الباب القادم ، والتي يكون فيها المتسبب ضامنا مع المباشر عند بعض الفقهاء .

فلو فرّ رجل من ظالم فأمسكه او اخذه رجل آخر حتى ادركه الظالم وغرمه ، او لو دلّ احد الظالم عليه حتى قبض منه ماله ، فالضمان على الظالم وحده عند ابي حنيفة دون الآخذ او الدال . اما عند صاحبه محمد فيضمن الجميع ، اي الظالم المباشر والآخذ او الدال المتسبب[٢] . ونظرية محمد كما ترى اوفق للمصلحة ، واقرب للنظريات الحديثة ، التي تعتبر الدلالة تدخلا فرعيا في الجريمة الاصلية ، سواء من الناحية المدنية ام من الناحية الجزائية .

وكذلك لو امسك احد شخصا لآخر فقتله ، فالممسك يعد متسببا والقاتل مباشراً فعند البعض ، كالشافعي ، يكون القاتل وحده مسؤولاً . وعند غيرهم ، كمالك واحمد بن حنبل ، يعتبر حكم الممسك كحكم القاتل المباشر[٣] .

وشبيه بذلك مسألة من حفر بئراً لشخص معين ، فردّاه فيها شخص آخر ، فان الحافر المتسبب والمردّي المباشر سيّان في الضمان عند بعض الفقهاء ، ومنهم المالكيون[٤] .

واخيراً ، قلنا إن من دلّ سارقاً على شيء فسرقه ، فلا ضمان على الدال .

---

(١) الزيلعي على الكنز ، ج ٦ ص ١٥٠ .

(٢) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١١٥ .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٩) ، والمغني (ج ٩ ص ٥٦٦) ، وقواعد الاحكام للعز بن عبد السلام (ج ٢ ص ١٥٠) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٧) .

(٤) شرح الخرشي ، ج ٤ ص ٣٤٨ .

ولكن لو كان الدال مسؤولاً لسبب آخر ، فانه يبقى ضامناً مع السارق . مثاله لو دل الوديع السارق على الوديعة ، فيضمن الوديع ايضاً . ولكن ضمانه هنا ليس بضمان اتلاف ، بل هو ضمان عقد ناتج عن عقد الوديعة ، وسببه التقصير في حفظ الامانة [١] .

ثانياً – تضمين المتسبب وحده .

هناك فئة من المستثنيات لقاعدة تقديم المباشرة على التسبب ، يكون فيها المتسبب وحده مسؤولاً دون المباشر ، وذلك عند تعذر تضمين المباشر ، إما لانه غير مسؤول ، وإما لانه غير موجود ، وإما لانه غير معروف . ففي هذه الفئة من الاحوال ، يقدم التسبب على المباشرة ، باعتباره أقوى منها .

مثاله لو شهد شهود الزور بما يوجب ضياع المال على المدعى عليه ، ثم اعترفوا بالكذب او بالجهالة ، فانهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم . ولكن الحاكم الذي استند إلى شهادتهم الكاذبة لا يضمن شيئاً ، مع انه هو المباشر وهم المتسببون .

وأيضاً لو قدم احد سماً لآخر في طعامه فأكله جاهلاً به ، فواضع السم متسبب وهو ضامن وحده ، مع ان المباشر لقتل نفسه هو آكل السم [٢] . وذلك الا اذا أكل السم باختياره [٣] .

ومن نظائر هذه الامثلة ما لو أحدث رجل شيئاً على الطريق بدون حق ، فعثر به انسان ووقع على انسان آخر وماتا الاثنان ، « فضمان ديتهما على المحدث ... لانه بمنزلة الدافع ، فكأنه دفعه بيده على غيره ، ولا ضمان على الذي عثر لانه مدفوع في هذه الحالة فكان كالآلة » [٤] .

ولقد رأينا انه لو زلق احد بماء صبه رجل في الطريق ، فوقع في بئر حفرها رجل آخر وعطب ، فالضمان على واضع الماء . ولكن « ان كان الماء ماء السماء ، فزلق به رجل فوقع في البئر فعطب ، فعلى صاحب البئر الضمان » . فهنا كان صاحب البئر

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٤) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٨) .

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (ج ١ ص ٣٧٤) ، والفروق (ج ٢ ص ٢٠٨) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٥) .

(٣) الفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٣٨٢ بهامش الهندية) ، والفتاوى الخيرية (ج٢ ص١٩٤) .

(٤) مجمع الانهر ، ج ٢ ص ٦٥٢ .

هو الضامن مع انه متسبب ، وذلك لعدم وجود مباشر مسؤول عن وضع الماء .
و كذلك أيضا لو عثر احد بحجر لم يعرف واضعه فوقع في بئر ، فلتعذر معرفة المباشر يكون حافر البئر ضامناً ، مع انه متسبب ليس إلا (١).

وبعد ، فنحن نرى من هذه الامثلة ان الاصل تقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهما ، وذلك لان المباشرة أرجح من التسبب . ولكن متى كان التسبب معادلا للمباشرة في قوته ، كان الضمان على المتسبب والمباشر كليهما . و كذا متى كان التسبب أقوى من المباشرة ، بسبب عدم وجود المباشر أو عدم مسؤوليته أو بسبب تعذر معرفته ، ففي كل ذلك يكون المتسبب وحده ضامنا ، خلافا للاصل الذي أسلفنا .

(١) كتاب الخراج (ص ٩٦ — ٩٧) ، ومجمع الضمانات (ص ١٨٠) .

الفصل الخامس

الخطأ الجرمي

النظريات المختلفة

لقد قدّمنا الى الآن شروطاً متعددة لازمة لتكوين الجرم . وهي العمل ، والضرر والتعدّي ، وعلاقة الضرر بالعمل . ولكن أتكفي هذه الشروط وحدها لايجاب المسؤولية الجرمية ، أم يجب علاوة عليها ان يكون الفاعل خاطئاً ، اي أن ينتج الفعل عن قصد منه أو عن تقصير أو عدم تحرز ؟

في هذه المسألة نظريتان : احداهما توجب وجود الخطأ ، والثانية لا توجبه . وقد سمّيت الاولى بنظرية الخطأ ، والثانية بنظرية المخاطرة [1] . ونحن نوضح كلاً منهما بكلمة وجيزة .

ولا بد من الملاحظة أن كلمة الخطأ هنا لا تعني عدم القصد ، كما في استعمالها للقتل الخطأ لتفريقه عن القتل العمد . بل تعني الخطيئة والذنب والخِطأ (بكسر الخاء) ، فيندرج تحتها القصد والتعمد والتقصير وقلة الاحتراز .

وتعريف القصد هو الارادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه ، كما في القتل باطلاق الرصاص بقصد الاصابة . وتعريف عدم التحرز هو الارادة المتوجهة نحو فعل دون حسبان نتائجه ، كما في اجراء عمل خطر دون اكتراث كالسرعة الزائدة في سوق السيارة وما أشبه . أما التقصير فهو اهمال أمر يجب اجراؤه والانتباه اليه ، كما في تفويت حفظ شيء واجب في بعض الاحيان .

فالقصد إذنْ هو الارادة المتوجهة نحو نتيجة معينة . وعدم التحرز والتقصير هما

---

(1) Théorie de la faute et théorie du risque

كل عمل او امتناع اختياري جرى بدون انتباه إلى نتائجه المنتظرة منه .

ففي نظرية الخطأ ، يجب ان يكون الفاعل خاطئاً بالمعنى الذي ذكرنا ، حتى يكون ضامناً . واذا لم يكن كذلك ، لانتفاء القصد أو التقصير أو قلة الاحتراز، فلا مسؤولية عليه ولا ضمان .

أما في نظرية المخاطرة ، فالمسؤولية تتوجب على كل امرىء أضر بغيره بدون حق ، سواء أكان خاطئاً ام لم يكن. فهذه النظرية لا تنظر الى التصرفات الشرعية الفعلية كعلاقات بين الاشخاص ذوي المصلحة ، أي بين فاعل الجرم والمتضرر منه ، بل تنظر اليها كأنها علاقات بين أموال الفريقين . فلذا لو وجد اثنان ، احـدهما ارتكب العمل المضر والثاني تضرر منه ، وكان الخلاف في الترجيح بينهما ، فالعدل يقضي بتحميل الأول وحده نتيجة العمل الذي ارتكبه . هذا إلى انه لما كان المرء ينتفع من عمله إذا كان مفيداً ، فكذلك عليه هو ان يتحمل ضرره إذا كان مضراً . فأعمال الانسان إذن مخاطرة ، تارة تثمر خيراً وتارة تثمر شراً . وفي كلا الحالين على فاعلها ان يجني نتائجها ، سواء أكانت مقصودة أم غير مقصودة ، وسواء أكانت منتظرة ومتوقعة أم لم تكن [١] .

ولا شك في ان هذه النظرية الجديدة ليست بالنظرية السائدة اليوم . فالقوانين العصرية تنتمي بوجه عام الى نظرية الخطأ ، كما نرى في فرنسا وانكلترا والمانيا ولبنان وغيرها . مثاله جاء في القانون المدني الفرنسي : « كل فعل من الانسان سبب ضرراً للغير يلزم من وقع الضرر بخطئه ان يضمنه . وكل امرىء مسؤول عن الضرر الذي يسببه ليس بفعله فحسب ، بل بتقصيره او بعدم تحرزه أيضاً » [٢] .

وعلى الرغم من ذلك فان نظرية المخاطرة كان لها تأثير ملموس في بعض البلاد ، سواء في التشريع أو الفقه أو في الاجتهاد القضائي [٣] .

---

(١) انظر كتابي القانون المدني الفرنسي : تأليف كولان وكابيتـان (ج ٢ ص ٣٦٧) ، وتأليف بلانيول (ج ٢ رقم ٨٦٣ ثالثاً) .

(٢) المادتان ١٣٨٢ و ١٣٨٣ منه . انظر ايضاً المادة ٨٢٣ من القانون المدني الالمـاني ، والمادة ١٢٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) راجع مثلا في فرنسا ، كتاب كولان وكابيتـان المذكور (ص ٣٦٨ — ٣٧٢) ، وراجع تردد الاجتهاد الفرنسي الاخير في مقال العميد هنري لالو ، المنشور في مجلة Les cahiers du Droit (باريس ، نيسان ١٩٤٥ ، ص ١٥) .

ايضاح معنى الخطأ

ان المسؤولية في القصد والتعمد ثابتة ظاهرة ، لا تحتاج الى برهان أو توضيح . ولكن اذا كان الخطأ من نوع التقصير أو عدم التحرز ، فكيف يقدّر ذلك ؟ وما معنى التحرز الواجب على المرء ؟ وما هو الانتباه المفروض ؟ فالجواب عن هذه الاسئلة يتوقف على السلوك الذي يعتدّ به القانون في هذه الامور .

فلا مراء في أن الحياة الاجتماعية تفرض على الناس ان يسلكوا في اعمالهم سلوكاً ، يعينه العرف ، ويحدد معياره مستوى المجتمع الاخلاقي وحظه من الحضارة والتمدن .

وليس حال الناس في المجتمع على وتيرة واحدة بالقياس الى هذا السلوك المفروض . بل هم متمايزون في ذلك ، مختلفون في ميولهم ومشاربهم ، وطباعهم واخلاقهم ، ومتباينون في درجة ثقافتهم وتيقظهم وانتباههم . فمن جاوز منهم معيار السلوك العرفي كان محموداً مشكوراً ، ومن قصّر عنه كان مذموماً مدحوراً ، ومن اكتفى به وسار عليه كان معتدل التصرف مقبول السيرة .

ويظهر أثر هذا الاختلاف في سيرة الناس من ناحية تقدير الخطأ في تصرفاتهم الفعلية . فهم لا يكلفون أن يتبعوا المثل الاعلى في التبصر والانتباه وحسن السيرة ، ولا يؤمرون بان لا يحيدوا عن كل ذلك . بل هم يسألون عن المعيار الوسط الذي يحافظ عليه معتدل السيرة من الرجال العاديين .

فاذن ان الضابط في الانتباه والتبصر في التصرفات الفعلية هو ما يحافظ عليه الرجل ذو الحظ العادي من التحرز والتيقظ والشعور . وان الضابط في مدى المسؤولية هو ما كان نتيجة معقولة ومتوقعة الحدوث في نظر من ذكرنا من الرجال.

هذا ما توصل اليه علماء القانون اليوم ، لا سيّما في فرنسا وانكلترا [١] . وهذا ما نراه مطابقاً للعقل والمنطق ، وموافقاً للعدل والانصاف .

---

(١) انظر ما قيل عن الرجل المتحرز (Homme diligent) في كتاب كولان وكابيتان المذكور (ص٣٧٧)، وما قيل عن الرجل العادي في النظر والثقافة والتحرز
(Man of ordinary sense , knowledge and prudence)
في كتاب بولوك (الجرائم المدنية ، ص ٢٧ وما بعدها) .

موقف الشريعة الاسلامية

لم يكن موقف الشرع الاسلامي موقفاً مشايعاً لواحدة فحسب من النظريتين المتناقضتين اللتين اتينا على ذكرهما . بل هو اخذ برأي وسط بينهما . فأوجب الخطأ في احوال التسبب ، ولم يوجبه في احوال المباشرة .

ونحن اذ نقول ذلك لا نستقري ولا نستنتج ، بل نستند الى نص صريح عام . ففي القواعد الكلية من مجلة الاحكام العدليـــة : « المباشر ضامن وان لم يتعمد . والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد » (المادتان ٩٢ و ٩٣) .

وكانت هذه القاعدة معروفة قبل كتاب البغدادي في الضمانات ، خلافاً لمــا يفهم من قول احد مؤلفينا المعاصرين [١] . فقد ذكرها ابن نجيم ، احد فقهاء المائة العاشرة بعد الهجرة في كتاب الاشباه والنظائر [٢] . ولا شك في انها ليست من ابتكاره ، بل كانت معروفة قبله . وعلى الاقل فمعناها ومسائلها موجودة في اقـدم الكتب المعتبرة . وفوق ذلك نحن لا نرى ما يبرر اعتبارها من اجتهاد الفقهـــاء المتأخرين ، لا سيما بعد توقف الاجتهاد في المذاهب كما نعلم .

فنظرية الشرع الاسلامي بالجملة تشترط وجود التعمد (الخطأ) في الاضرار تسبباً فقط ، ولا تشترطه في المباشرة . ونعتقـــد ان سبب ذلك هو ان المباشرة متصلة بالفعل بدون فاصل ولا شبهة . فهي قوية الجهة ، كافية وحدها للضمان . اما التسبب ، فهو بعكس المباشرة بعيد عن الفعل ، ضعيف الجهة . لذا احتاج الى التعمد (الخطأ) لتقويته ، ولوصله بالفعل ، وتقريبه منه بصورة ملموسة .

ولقد قلنا ان الفقهاء لم يستعملوا كلمة الخطأ بالمعنى الذي ذكرناه ، بل استعملوا مكانها كلمة التعمد . ولا ريب في ان معنى هذه الكلمة لا ينحصر هنا بالقصد فحسب ، بل يدخل فيه التقصير وعـدم التحرز . فعلى الرغم من ان الفقهاء لم يصرحوا بذلك ولم يحددوا معنى كل هذه الكلمات ، فالامثلة العديدة التي محصوها ودونوها تكفي

---

(١) السيد تيان في اطروحته المذكورة ، ص ٢٠٢ .

(٢) ص ١١٣ . وعبارتها فيه هي : « المباشر ضامن وان لم يتعمد ، والمتسبب لا الا اذا كان متعمداً » . ونقلت في المجامع ايضاً مع تغيير طفيف باللفظ (المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣١) . وقد ذكر البغدادي في مجمع الضمانات (ص ١٤٦) انه نقل هـذه القاعدة عن الاشباه ، ولـكنه نقلها مغلوطـة كما ذكرنا آنفاً .

للاستنتاج بان المعنى المقصود منها جميعاً هو شبيه بمعنى الخطأ في النظرية الاوروبية التي قدمناها .

ونحن نوضح هذه القاعدة ، ونرى تطبيقها اولا في احوال المباشرة ثم في احوال التسبب على اختلاف انواعها ، ونبين اخيراً احوال عدم الضمان في جميعها .

ولا بدّ من الملاحظة اننا اذ نورد الامثلة في هذا المعرض لانكرر ما أوردناه منها في الفصول السابقة ، ولا نقصد الى ان تكون جامعة حاوية ، ولا الى بيان حكمها في جميع المذاهب . انما نكتفي باقتطاف أهمها من المجلة ومن الكتب الفقهية ، وان كان ذلك من مذاهب مختلفة . فالغاية التي نتوخاها هي تصوير المسلك الذي سلكه الفقهاء في درس القضايا وتدقيقها ، وفي تفهمها والتفكير فيها . ولقد اثبتنا ، ونحن نثبت الآن ان الخلاف بينهم لم يكن غالباً في المبادىء ، بل كان في الفروع فقط ، على نحو الخلاف الذي نراه اليوم في اجتهاد المحاكم .

القاعدة في المباشرة

المباشر ضامن وان لم يتعمد . هذا هو الاصل في احوال المباشرة . فعليه قالت مجلة الاحكام العدلية : « اذا اتلف أحد مال غيره الذي في يده او في يد امينه قصداً او من غير قصد يضمن ... » (المادة ٩١٢) .

ومن أمثلة هذه القاعدة ما جاء في المجلة ايضاً انه : « اذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن » (المادة ٩١٣) . وكذلك يجب الضمان « اذا انقلب النائم على متاع (لغيره) وكسره » ، او لو « رمى (احد) سهماً الى هدف في ملكه فتجاوزه واتلف شيئاً لغيره » [1] . ففي هذه الاحوال لم يكن الاتلاف مقصوداً ، ولكنه رغم ذلك كان موجباً للضمان ، لان القصد وما ألحق به ليس ضرورياً لالزام الفاعل المباشر .

ولنفس السبب لا يتوقف الضمان في الاتلاف مباشرة على العلم [2] . فلذا « لو اتلف أحد مال غيره على زعمه انه ماله يضمن » (المادة ٩١٤) .

وهذا يفسّر ايضاً ما سنراه في الباب القادم من ان الصبي القاصر اذا اتلف

---

(١) مجمع الضمانات ، ص ١٤٦ .

(٢) البدائع ، ج ٧ ص ١٦٨ .

مال غيره يكون ضامناً (المادة ٩١٦) . فلو كان التعمد ، بمعناه الخاص الذي عرفناه ، من شروط المباشرة ، لما كان هذا الحكم مقبولاً ، اذ لا يتصور عند القاصرين وجود القصد او التحرز والانتباه المفروض شرعاً او عرفاً . انما لهذا الاصل بعض المستثنيات ، واهمها المستثنيات التي رأيناها لقاعدة تقديم المباشرة على التسبب . ففي الاحوال التي يقدم فيها التسبب على المباشرة لا يكون الضمان على المباشر ، بل يكون على المتسبب لان الخطأ عليه وحده . ففي هذه المستثنيات وما اليها اعتبر ان لا ضمان على المباشر لعدم خطئه ، خلافاً للقاعدة القائلة ان المباشر ضامن وان لم يتعمد .

التسبب قصداً

ان أحوال التسبب في الضرر قصداً هي أقوى أحوال التسبب بلا مراء . وإن المسؤولية فيها واضحة ظاهرة ، لم تستدعِ أن يكون فيها خلاف كبير . فلذا نقتصر على القليل من أمثلتها .

فلقد مرّ معنا[١] أن شاهدي الزور يسببان بشهادتهما ضرراً للمحكوم عليه ، وانهما اذا رجعا عن الشهادة وأقرا بكذبهما غرّما ما أصاب المدعى عليه من الضرر . فعمل شاهد الزور كما ترى تسبب مقصود من الشاهد للاضرار بالمشهود عليه .

وأيضاً لو تجاذب اثنان حبلا ، وقطعه انسان بقصد إيقاعهما ، فوقعا وماتا ، فالقاطع مسؤول لان عمله من نوع التسبب قصداً . ولكنه لا يكون مسؤولا إن عمل ذلك بدافع المصالحة[٢] .

ومن نظائر هذه الامثلة ما جاء في المجلة انه : « لو جفلت دابة أحد من الآخر ، وفرت فضاعت ، لا يلزم الضمان . أما اذا كان أجفلها قصداً ، فيضمن . وكذا إذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد ، فوقعت وتلفت ، أو انكسر احد اعضائها ، فلا يلزم الضمان . أما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفالها ، فيضمن » (المادة ٩٢٣) .

« وكذا لو سدّ احد ماء أرض لآخر أو ماء روضته ، ويبست مزروعاته

---

(١) في الفصل الثاني من هذا الباب .

(٢) مجمع الانهر (ج ٢ ص ٦٦١) ، ومجمع الضمانات (ص ١٦٨) .

ومغروساته وتلفت يكون ضامناً ... » (المادة ٩٢٢).

وأخيراً لا شك في أنه يباح للانسان في الأصل ان يصب المـاء في ميزابه . ولكن لو علم هو ان تحت الميزاب متاعاً لغيره ، وصب الماء فيه ففسد المتاع ، كان ضامناً ، لانه تسبب بالاتلاف تعمداً ، اذ يعلم بوجود المتاع وبأن الماء سيال بطبعه[1].

التسبب تقصيراً

كثيراً ما يكون على المرء ان يراعي بعض الواجبات وان يهتم بها . ومتى توانى عنها او اهملها عدّ مقصراً ومسؤولاً عن نتيجة تقصيره .

ومن أهم أمثلة التقصير التواني في حفظ من يجب حفظه من الصبيان ومن كان في فئتهم . مثاله لو نقل أحد صبياً صغيراً حراً من أهله ، فافترسه سبع او حيـة ، فهل على غاصبه الضمان ؟ قال بعضهم كالشافعي وزفر الحنفي بأن لا ضمان في ذلك ، إلا إذا وضع الصبي في مسبعة او في ارض تكثر فيها الأفاعي . وتعليل عدم الضمان ان الغصب لا يتحقق في الحر ، وان الهلاك لم يكن بالنقل بل بمباشرة الحيوان واختياره . ولكن الرأي المختار عند الحنفيين بوجب الضمان على الغاصب استحساناً ، لأنه لم يفوّت عن الولد حفظ اهله فحسب ، بل أهمل حفظه هو ، وكان تقصيره من ثم تسبيباً لما اصابه . ويعدّ بمنزلة الصبي كل انسان حر كبير نقل وقيّد واهمل حفظه.

وقد اختلف الحنفيون في مسألة الصبي الذي يأخذه الغاصب ويقصّر في حفظه ، فيقتل الصبي نفسه أو يرمي نفسه من الدابة بسبب هذا التقصير . فعند أبي يوسف يضمن الغاصب الضرر في هذه المسألة ، وعند محمد بن الحسن لا يضمنه[2] .

وكذلك يرى الحنفيون في قولهم المختـار ان الضمان واجب في احوال اخرى من هذا النوع عديدة . فقد قالوا مثلاً بانه لو خرجت الام وتركت ولدها المحضون البالغ الثالثة من عمره ، فوقع هذا في النار ، فهي ضامنة لأنها قصرت في حفظـه . ولكنها لا تضمن اذا كان الولد في السنة السادسة ، اذ هو يقدر عادة على حفـظ نفسه من النار .

---

(١) المبسوط (ج ٢٧ ص ٢٣) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١٢٦) .

(٢) راجع في كل ذلك : البدائع (ج٧ ص١٦٦ — ١٦٧) ، ومجمع الانهر (ج٢ ص٦٧٦) ، وفتح العزيز (ج ١١ ص ٢٤٧ — ٢٤٨) ، والمبسوط (ج ٢٦ ص ١٨٦) .

ومثله لو تركت الام ولدها عند امرأة لتحفظه حتى تعود، فوقع الولد في النار، فعلى المرأة الدية للام وسائر الورثة، ان كان الولد ممن لا يحفظ نفسه. وايضاً لو بعث معلم صبية لتجيء له بنار بغير اذن ابيها فاحترقت، كان المعلم ضامناً، وان كانت صغيرة بحيث لم يمكن حفظها، والا فلا». ومسألة شبيهة: «امرأة تصرع أحياناً فيحتاج الى حفظها لئلا تقع في ماء أو نار وهي في منزل الزوج، فعليه حفظها. فان لم يحفظها حتى ألقت نفسها في نار عند الصرع، فعلى الزوج ضمانها»[1].

وكذلك لو سلّم أحد ولده الى سبّاح ليعلمه السباحة فغرق الولد، كان السباح مسؤولا. وسبب ذلك أنه تسلم الولد ليحتاط في حفظه، فغرقه دليل التقصير في المحافظة الواجبة والتفريط في الانتباه المطلوب[2]. ولكن في فتاوى خير الدين المنيف، لو خاض المراهق مع معلمه وجماعة في مسيل ماء، فغرق المراهق وقسم من الجماعة دون الباقين، فلا ضمان على المعلم، لان المراهق خاض الماء باختياره[3]. ونحن نرى الى ذلك ان غرق قسم من الجماعة مع المراهق لدليل على عدم تقصير المعلم.

وأخيراً نورد مثلا من نوع آخر: رجل ساق دابة فوقع سرجها أو لجامها أو شيء آخر من أدواتها التي تحمل عليها، وأصاب هذا الشيء انساناً فمات، فالسائق ضامن، «لأن الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد والاحكام فيه»[4].

ولا بد من التنبيه الى انه يدخل ايضاً في امثلة التقصير ما سنراه في الباب القادم عن الحائط المائل، الذي ينهدم بسبب الاهمال في ترميمه واصلاحه، ويورث بذلك ضرراً للغير.

ففي كل هذه الامثلة وما اليها، كان الضرر ناتجاً ومسبباً عن التقصير والاهمال وعدم السهر على ما يجب الاهتمام به، فكان ذلك من ثمّ سبباً للتبعة والضمان.

التسبب عن قلة الاحتراز

ان مسائل عدم التحرز في التسبب هي بلا ريب اكثر مسائل التسبب والاتلاف

---

(١) هذه الامثلة جميعاً من جامع الفصولين، ج ٢ ص ١١٤.

(٢) المغني (ج ٩ ص ٥٧٧)، والوجيز (ج ٢ ص ١٤٩).

(٣) الفتاوى الخيرية، ج ٢ ص ١٩٧.

(٤) مجمع الانهر، ج ٢ ص ٦٦١.

في كتب الفقه . وهي جميعاً تندرج تحت الاعمـــال التي يقترفها الانسان اختياراً وقصداً ، دون التبصر الكافي في النتائج الضارة التي تتأتى منها ، ذلك التبصر الذي يتطلبه السلوك الشرعي والعرفي على الناس في حياتهم ومعاملاتهم .

ونحن ، ان أوردنا بعض الامثلة في هذا المعرض ، كما في كل معرض آخر نأتي عليه ، لا نقصد الى ان نملىء هـذه السطور بالحشو وكثرة الفروع ، بل انما نقصد الى جمع بعض المسائل المهمة المبعثرة في الكتب الفقهيـــة تحت مبدأ عام ، يضمها جميعاً في موضع واحد ، ويفسرها جميعاً بنفس التفسير والتعليل .

وهاك اهم هذه المسائل ، نوجز بيانها ونقدمها مرتبة بقدر الامكان حسب فئاتها ومواضيعها : —

اولا — مسائل الطريق العام

لا شك في ان لكل انسان ان يمرّ على الطريق العام ، ولكن بشرط التحرز والاعتناء بان لا يضرّ هـذا المرور بحقوق باقي الناس في المرور ايضاً . فمن جاوز هـذا الحق ، او استعمله بدون التحرز الكافي ، كان ضامناً لما ينتج من المجاوزة او من عدم التحرز .

فبهذا المعنى جاء في المجلة : « لكل احد حق المرور في الطريق العام ، لكن بشرط السلامة . يعني انه مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها . فلو سقط عن ظهر الحمال حمل واتلف مال أحد ، يكون الحمال ضامناً . وكذا اذا أحرقت ثيابَ احد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد ، فيضمن الحداد ثياب ذلك المار » (المادة ٩٢٦) .

وجاء فيها ايضاً ، كما رأينا ، ان « ليس لاحد الجلوس في الطريق العام ، ووضع شيء فيه ، واحداثه بلا اذن اولي الامر . واذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل . بناء عليه ، لو وضع احد على الطريق العام الحجارة وادوات العمارة ، وعثر بها حيوانُ آخرَ وتلِف يضمن . كذلك لو صبّ أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن ، وزلق به حيوان وتلف ، يضمن » (المادة ٩٢٧) [١] .

---

(١) راجع الوجيز ، ج ٢ ص ١٥٠ .

ثانياً — مسائل النار والمياه

لو سقى رجل ارضه فنزل الماء الى ارض جاره فاغرقها ، او لو اوقد ناراً في ملكه فطارت شرارة منها الى زرع الجار أو إلى داره فاحرقها، ففي هذه الاحوال وما اشبهها ، يجب التدقيق والتفصيل .

فان كان الفعل بما جرت به العادة من غير تفريط ، فلا مسؤولية على الفاعل . ولكن ان كان الفعل مخالفاً للمعتاد ، او فيه تفريط وقلة تحرز، كما لو كان الوقد في يوم ريح أو كانت النار قوية أو كان زرع الجار قريباً وملتصقاً بموضع النار او كان الماء زائداً على المعتاد والمعقول ، ففي كل ذلك يجب الضمان على الفاعل . فالماء والنار اذاً ، وان كان وجودهما في بيت المرء مباحاً، الا انهما من الاشياء التي تسيل او تنتقل بطبعها،فكان يجب التيقظ في استعمالها والتحرز لنتائجها المعقولة المتوقعة [1] .

مثاله قال قاضيخان : « رجل اراد ان يحرق حصائد ارضه ، فاوقد النار في حصائده ، فذهبت النار الى ارض جاره واحرقت زرعه ، لا يضمن الا ان يعلم انه لو حرق حصائده تتعدّى النار الى زرع جاره، لانه اذا علم ذلك كان قاصداً احراق زرع الغير . رجل اوقد في تنوره ناراً ، فالقى فيه من الحطب مالا يحتمله التنور ، فاحترق بيته وتعدّى الى دار جاره فاحترق ، يضمن صاحب التنور . كما لو ارسل في ارضه ماء لا تحتمله أرضه ، فتعدى إلى ارض غيره ، فافسد ما فيه من الزرع ، كان ضامناً » [2] .

ثالثاً — مسائل البئر

لا يجوز لاحد ان يحفر بئراً في الطريق العام ولا في ملك الغير . فان فعل ذلك ووقع فيها انسان أو حيوان ، كان الحافر ضامناً . وقد مرّ معنا شيء من هـذا .

---

(١) انظر في النار والمياه : المادة ٩٢٢ من المجـلة ، والمبسوط (ج ٧ ص ٢٣) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١٢٣ — ١٢٥) ، والقوانين الفقهيـة (ص ٣٣٢) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٥٠) ، والمغني (ج ٥ ص ٤٥٣) ، والمحـلى (ج ١١ رقم ٢١١٧) ، ومجمع الضمانات (ص ١٦١ وما بعدها) .

(٢) الفتاوى الخانية ، (بهامش الهندية) ، ج ٣ ص ٢٨٣ — ٢٨٤ . راجـع ما جاء عن هذه المسائل في القانون الانكليزي ، في كتاب برلوك (ص ٥١٨ وما بعدها) .

ولا ريب في أن التقصير في مثل هذه الاحوال يعتبر مفروضاً بوجه أكيد .

ولكن لو كان الحفر في ملك الحافر نفسه، فلا ضمان عليه ، الا أن يثبت صدور ذلك عن قلة احتراز أو تبصر من جانبه .

وأحسن ما رأيت في ذلك ما قاله العلامة موفق الدين بن قدامه ، وهو حرفياً : « إن حفر انسان في ملكه بئراً ، فوقع فيها انسان أو دابة فهلك به، وكان الداخل دخل بغير اذنه ، فلا ضمان على الحافر،لانه لا عدوان منه. وإن دخل باذنه ، والبئر بينة مكشوفة ، والداخل بصير يبصرها ، فلا ضمان ايضاً ، لأن الواقع هو الذي اهلك نفسه ، فاشبه ما لو قدم اليه سيف فقتل به نفسه . وإن كان الداخل أعمىً أو كانت البئر في ظلمة لا يبصرها الداخل ، أو غطي رأسها ، فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها، فعليه ضمانه. وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك ، وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمنه لانه هلك بفعل نفسه »[1].

رابعاً — مسائل اخرى

من المسائل التي تعدّ تسبباً بعدم التبصر مسألة السرقة بسبب فتح الحرز . مثاله لو « فتح أحد حانوتاً لرجل فتركه مفتوحاً فسرق » ، فالفاتح ضامن عند مالك ، وذلك خلافاً لرأي جمهور الفقهاء ، كما رأينا آنفاً [2] .

وبعد ، فهذا ما رأينا اقتطافه من القضايا المهمة في تسبب الضرر بعدم التحرز والتبصر . وهو على الجملة يرينا ما توصل اليه الفقهاء المسلمون في هذا الموضوع ، ويثبت بوجه عام ان النتيجة التي احرزوها شبيهة جداً بالنظرية العامة الحديثة .

الجهل في الحرف والصناعات

ان مراس بعض الحرف والصناعات يتطلب علماً خاصاً او شيئاً من المعرفة معيّنا . فعلى من يحترف حرفة من هذه الحرف او صناعة من هذه الصناعات ان يتقنها الاتقان الكافي ، ليكون الناس بذلك في مأمن من خطر جهله وشر

---

(١) المغني ، ج ٩ ص ٥٧١ و ٥٦٤ . انظر ايضاً الوجيز (ج ٢ ص ١٤٩) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٢) ، والمبسوط (ج ٢٧ ص ١٤) ، والهداية (ج ٤ ص ١٥٦) .

(٢) راجع القوانين الفقهية (ص٣٣٢) ، وما قلناه عن هذه المسألة في الفصل السابق .

عدم خبرته .

ومن كان جاهلاً بامر يتعاطاه ، بحيث كان جهله ضرراً عاماً ، كالطبيب الجاهل والمفتي الماجن ، فالشرع أجاز بل أوجب منعه من مزاولة عمله والمضي في ضلاله وغيه . وليس هذا إلا من باب اتباع المصلحة العامة وتقديمها على المصلحة الخاصة ، وفق القاعدة الكلية القائلة : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »[1] .

وفوق ذلك ، اذا ما احترف جاهل حرفة أو تعاطى مهنة ، فسبب بجهله ضرراً لانسان ، فلا ريب في انه يسأل عن هذا الضرر .

فقديماً قال يوستنيانوس ، صاحب المدونات الرومانية ، في كتاب « الاحكام » : « ان الجهل يعد خطيئة احياناً ، كما في الطبيب الذي يقتل رقيقك ، بافساد جراحته او باعطائه الدواء المغلوط »[2] .

وحديثاً الحق علماء القانون الجهل وعدم المهارة بعدم الاحتراز . وعللوا ذلك بان الجاهل « لا يسأل قانوناً لانه جاهل أو غير حاذق ، اذ أن الحذاقة والمعرفة ربما كانا فوق طاقته ، بل يسأل لانه مع جهله وعدم حذاقته قد جَرُؤَ على تعاطي حرفة تتطلب صفات لا يحتازها »[3] .

وهم جميعاً على حق في ذلك . فاقدام الجاهل على امر ، وهو عالم بجهله ومفروض فيه أن يعلم نتائج هذا الجهل ، لمجازفة خطرة ، هي عين عدم التبصر وعدم الاحتراز وعدم الانتباه .

وبعد ان عرفنا هذه الحقيقة ، التي نكاد أن تكون من البديهيات التي لا تحتاج الى تزكية ولا الى تبرير ، فلا غروَ من أن نجد الفقهاء في الاسلام ، الذين لم يتركوا باباً عملياً من الفقه الا وتعرضوه أو دققوا فيه ، قد تصدوا لهذا البحث ايضاً . واليك بعض الامثلة من ذلك ، دليلا على ما نبدي .

ففي الطبيب الجاهل ، جاء في الحديث الشريف : « من تطبب ولا يُعلم منه

---

(١) راجع المادتين ٢٦ و ٩٦٤ من المجلة .

(٢) Inst. 4,3,7 : « Imperitia quoque culpae adnumeratur , veluti si medicus ideo servum tuum occiderit , quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit » .

(٣) كتاب سالموند (Jurisprudence ، ص ٤١٢) ، وبولوك (ص ٤٥٧) . ومن احدث ما كتب في الموضوع كتاب «المسؤولية الطبية» (La responsabilité médicale) تأليف Louis Kornprobst ، باريس ، ١٩٤٦ .

طب فهو ضامن ». وجاء ايضاً : « ايّما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك فاعنت فهو ضامن »[1].

وقال الامام الشافعي : « اذا امر (احد) الرجل يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله ، فان كان فعل ما يفعل مثله بما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه ، وان كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن ».

وقال ايضاً : « إنْ استأجر الرجلُ الرجلَ أن يخبز له خبزاً معلوماً في تنور او فرن فاحترق الخبز ، سُئل اهل العلم به ، فان كان خبزه في حال لا يخبز في مثلها ، باستيقاد التنور او شدة حمرته او تركه تركاً لا يترك مثله ، فهذا كله تعدّ يضمن فيه بكل حال ... »[2]. ومثله قال مالك وغيره ايضاً[3].

ويفسر هذا الحكم تحقق الجهل وعدم التبصر . فعليه لو انتفى ذلك ، لم يكن ما يبرر الضمان . مثاله جاء في الفتاوى ، ان عطاراً طلب منه شربة لرضيع فدفع اجزاء صالحة فسقاه أهله منها وقدر الله بموته ، وان طبيباً غير جاهل طلبت منه امرأة دواء لها فأعطاها الدواء وشربته ثم ماتت ، فكانت الفتوى في هذه المسائل ونظيراتها ان لا ضمان على العطار او الطبيب مطلقاً[4].

وختاماً لا بدّ من التوضيح بان الجهل المقصود في هذا المعرض هو الجهل الظاهر الفاضح ، او هو عدم المهارة والحذاقة المفروضة في المحترف الوسط . اما الخطأ الطفيف او الخطأ العادي ، الذي لا بد منه في كل حرفة او صنعة او مهنة ، فلا يعتدّ به غالباً . فلذا صرح العلماء الحنفيون وغيرهم بان القاضي لو اخطأ في بعض احكامه سهواً او نسياناً لا يضمن . انما هو يضمن لو تعمّد الخطأ جوراً وظلماً[5]. وهذا بلا مراء هو الصواب بعينه ، اذ « لا تُكلف نفسٌ الا وُسعَها » ، وان

(١) رواهما ابو داود السجستاني . وروى الاول ايضاً النسائي وابن ماجه والحاكم في المستدرك. انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٥٩٦) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٥٨٦ و ٤٥٨٧) .

(٢) الام ، ج ٦ ص ١٦٦ .

(٣) المدونة الكبرى ، ج ١٢ ص ٣١ .

(٤) الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ١٩٤) ، وتنقيح الفتاوى الحامدية (ج ٢ ص ٢٩٨) .

(٥) الفتاوى المهدية ، ج ٣ ص ٢٧٨ .

الكمال والعصمة لله وحده ، « وفوق كل ذي علم عليم »[١] .

عدم الخطأ والمسؤولية

بعد ان وضح لدينا ان لا مسؤولية ولا ضمان في الاضرار تسبباً الا إذا كان الفاعل متعمداً أو خاطئاً بالمعنى الذي ذكرنا ،فمن الطبيعي ان لا يكون ثمة مسؤولية عند انتفاء التعمد أو الخطأ .

ولقد ورد معنا بعض الامثلة من ذلك فيما مر سابقاً . ولكن أوضح ما يكون انتفاء المسؤولية انما هو في احوال خطـــأ المجني عليه ، أو خطأ شخص ثالث ، او احوال القوة القاهرة . وهاك ايضاح ذلك بامثلة قليلة ، مختارة من مواضع مختلفة ومذاهب شتى .

اولا ـ خطأ المجني عليه

ان العمل الذي يقوم به أحد الناس اذا اتاه فعل من آخر ،وكان هذا الفعل سبباً لضرر هذا الآخر ، فلا ريب في ان فاعل العمل الاول غير مسؤول عن الضرر الحاصل .

مثاله لو قدم احد الى آخر سلاحاً فقتل نفسه ، فلا ضمان على صاحب السلاح . ومثله ذكرنا آنفاً انه لو حفر أحـــد بئراً في ارضه وترك البئر مكشوفة ظاهرة ، ودخل الارض باذنه انسان بصير فوقع في البئر ، فلا ضمان على حافرها لأن الخطأ كان من الواقع [٢] .

وكذلك لو حفر أحد بئراً في الطريق العام ، او رشّ فيها ماء يزلق به عادة ، ومرّ انسان على البئر او على الماء عمداً وتلف ، فليس على الحافر أو الراش شيء ، لان تسببه قد انقطع بمباشرة المرور تعمداً من قبل المتضرر [٣] .

ومن اشباه ذلك ما لو سار رجل على دابة في الطريق ، فنخسها انسان او ضربها فنفحته برجلها فقتلته . ففي هذا لا ضمان على صاحب الدابة أو راكبها ، بل يعتبر

---

(١) البقرة (٢) ٢٣٣ ، ويوسف (١٢) ٧٦ .

(٢) المغني ، ج ٩ ص ٥٧١ .

(٣) الزيلعي (ج٦ ص١٤٥) ، ومجمع الانهر (ج٢ ص٦٥٥) ، ومجمع الضمانات(ص١٨٠) .

دم الناخس « هدراً لان ذلك تولد من نخسه فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه »[١].
واخيراً لو تعلق أحد برجل وخاصمه ، فسقط من هذا الرجـــل شيء وهو يراه ، وامكنه ان يأخذه ولم يفعل حتى ضاع ، فلا ضمان على المتعلق[٢] ، لان تسببه قد انقطع بتقصير صاحب المال .

ثانياً _ خطأ شخص ثالث

ان ما قلناه في خطأ المجني عليه يسري ايضاً في خطـــأ الشخص الثالث . مثاله لو فتح أحد رأس زق فيه شيء جامد ، وقرّب انسان النار من هذا الشيء فذاب بتاثير الحرارة واندفق ، لم يكن الضمان على فاتح الزق ، بل على مقرّب النار[٣] ، لانه باشر شيئاً أقوى من تسبب الفاتح . وهذا تذكير بما قلناه آنفاً عن قاعـــدة تقديم المباشر على المتسبب ، ولا نرى فائدة من تكرار أمثلة تلك القاعدة .

ثالثاً _ القوة القاهرة

ان الآفة السماوية في حد تعبير الفقهـــاء ، أو القوة القاهرة في الاصطلاح الحديث ، هي ، كما سنرى في بحث العقود ، كل أمر عارض خارج عن تدخـــل الانسان .

ولقد مرّ معنا انه اذا تلف الشيء المغصوب في يد الغاصب ، بسبب خطئـــه او بسبب سماوي ، كان الغاصب مسؤولاً[٤] . وتعليله ان الغصب يفترض التعمد عند الغاصب وانه عمل غير مباح بحدّ ذاته .

اما فيما عدا احوال الغصب ، فالاتلاف لا يوجب الضمان اذا كان حدوثه ناتجاً عن سبب سماوي[٥] . مثاله لو نقل أحد صبياً وذهب به بغير اذن أهله ، فمات الولد فجأة أو بمرض ، فلا شيء على ناقـله ، لان الموت لم يكن بفعله . ولكنه يضمن فيما

---

(١) المبسوط ، ج ٢٧ ص ٢ .
(٢) مجمع الضمانات ، ١٤٦ .
(٣) فتح العزيز ، ج ١١ ص ٣٤٥ .
(٤) انظر المادة ٨٩١ من المجلة ، ومجمع الضمانات ص ١١٧ .
(٥) شرح الخرشي على سيدي خليل ، ج ٤ ص ٣٦٤ .

اذا « نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض ، كالطاعون وغيره » [١] .

وكذلك مرّ معنا في مسألة الزق ايضاً ، أنه لو فتح رأسه انسان ، ثم سقط الزق بأمر عارض كزلزال او هبوب الريح او ما شاكل فاندفق ما فيه ، فلا ضمان على فاتحه عند الحنفيين وعند الشافعي . ومثله لو وضع احد حجراً في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئاً ، فلا ضمان على واضع الحجر ، لان جنايته زالت بالماء والريح [٢] .

وأخيراً جاء في الفتاوى الخيرية انه لو وضع احد بندقيته ، وبعد استقرارها وقع مشخاصها على خزانتها من تلقاء نفسه ، فخرج الرصاص وقتل انساناً ، فلا ضمان على واضعها [٣] . ولا شك في ان هذا القول فيه نظر ، لان البندقيات من الاشياء الخطرة التي تتطلب احترازاً خاصاً وانتباهاً زائداً في وضعها وحملها وحفظها ، وان مشخاصها لا يقع عادة من تلقاء نفسه الا ان يكون ذلك نتيجة عدم التحرز أو التبصر . هذا الى انه لا يجوز أن تترك البندقية في محل عادي ومشخاصها محشواً .

فلذا نرى ، كما هو اليوم في النظريات الحديثة [٤] ، ان واضع البندقية خاطىء بعدم تحرزه وتبصره ، ويجب في القياس أن يكون مسؤولا وضامناً . وعلى كل فان ما قلناه عن هذه القضية قد ورد في فتاوى المتأخرين من الحنفيين ، ولم أره عند غيرهم ، ولا اعتقده مقبولا عند هؤلاء بالاتفاق .

المسؤولية المخففة وحوادث الاصطدام

لقدقدمنا الاحوال التي تكون فيها مسؤولية الفاعل كاملة ، وقدمنا ايضاً

---

(١) مجمع الانهر ، ج ٢ ص ٦٧٦ . راجع خلاف زفر واهل الظاهر في ذلك (المحلى ج ١١ رقم ٢١١٤) .

(٢) راجع ما جاء عن هذه المسألة في الفصل السابق ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٩) .

(٣) الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ١٩٦) ، وتنقيح الفتاوى الحامدية (ج ٢ ص ٢٨٢) .

(٤) انظر في القانون الانكليزي مثلا : الحكم في قضية ديكسون ضد بل الصادر عام ١٨١٦ (Dixon v. Bell , 1816 , 5 M. & S. 198 , 17 R.R. 308) ، وكتاب بولوك المذكور (ص ٥٢١) .

الاحوال التي تنتفي فيها هذه المسؤولية ، وأوضحنا بصورة خاصة ان لا ضمان متى كان الضرر ناتجاً عن خطأ المتضرر نفسه .

وهناك أيضاً أحوال تقع متوسطة بين تلك التي ذكرنا . وهي أحوال يكون فيها الخطأ مشتركاً بين الفاعل والمتضرر ، ويكون من ثم واجب الضمان مخففاً على الفاعل .

وان هذا التخفيف بسبب اشتراك المتضرر في حدوث الضرر نجده بصورة مبدأ عام في بعض القوانين الحديثة . مثاله نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه « اذا كان المتضرر قد اقترف خطأ من شأنه ان يخفف الى حد ما تبعة خصمه لا أن يزيلها ، وجب توزيع التبعة على وجه يؤدي الى تخفيض بدل العوض الذي يعطى للمتضرر » (المادة ١٣٥) .

وهذا المبدأ ، وان لم يرد بصورة عامة في كتب الفقهاء ، إلا اننا نستنتج ما يقاربه من مجموع ما تركوه من القضايا والمسائل المتعلقة به .

ففي المجلة مثلاً : « لو جرّ أحد ثياب غيره وشقها ، يضمن تمام قيمتها . وأما لو تشبّث بها ، وانشقت بجرّ صاحبها ، يضمن نصف القيمة . كذلك لو جلس احد على اذيال ثياب ، ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت ، يضمن ذلك نصف القيمة » (المادة ٩١٥) . فالضمان هنا ، كما ترى ، لم يكن تاماً ، بالنظر لاشتراك الفاعل والمتضرر في الفعل والخطأ .

واظهر ما يكون هذا النوع من الاشتراك هو بلا ريب في مسائل الاصطدام . وهذه طبعاً لم تكن كما هي اليوم في حوادث السيارات والدراجات وما اليها ، لعدم وجود هذه الاشياء في ذلك الزمن . بل كانت حوادث الاصطدام معروفة بين المشاة والدواب والسفن . واليك حكمها بايجاز : —

اولا — اصطدام الماشيين او الفارسين

هذه المسألة تفترض حدوث اصطدام بين رجلين ماشيين أو راكبين على دابتين أو بين راكب وماشٍ ، وتفترض ان ينتج من ذلك تلف في النفس أو الدابة أو المال أو في هذه الاشياء جميعاً .

فالحكم في ذلك في المذهبين الحنفي والحنبلي ان كلا من المصطدمين عليه ضمان

جميع ما تلف من الآخر ، من دية او تعويض غيره . ولكن عند زفر الحنفي وفي المذهبين المالكي والشافعي ، على كل من المصطدمين ضمان نصف ما تلف ، لان التلف حصل بفعلهما معاً ، « فكان الضمان منقسماً عليهما » .

وقيل ان الحنفيين قالوا ايضاً بتضمين كل من المصطدمين نصف ما تلف، لو كانا عامدين في الاصطدام .

ولكن اذا حصل الاصطدام بين رجلين احدهما سائر والآخر واقف ، فعلى الاول وحده ضمان ما تلف للواقف ، وليس على هذا ان يضمن ما تلف للاول .

ثانياً ـ اصطدام سفينتين

اذا كان الاصطدام قد حصل بسبب تفريط من جانب رُبان احدى السفينتين، فالضمان عليه وحده . ويعتبر الربّان مفرطاً متى كان « قادراً على ضبط (سفينته) أو ردها عن الاخرى فلم يفعل ، أو امكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل ، أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرها » .

ثم اذا كانت احدى السفينتين سائرة والأخرى واقفة ، أو كانت احداهما منحدرة والاخرى مصعّدة ، ففي ذلك يكون الضمان على ربان السفينة السائرة او المنحدرة ، ان كان مفرّطاً في الملاحة .

ولكن اذا كان الاصطدام بسبب هبوب الريح أو العواصف ، ولم يكن بالامكان منعه على الاطلاق ، فلا ضمان على احد .

اما في غير ذلك من الاحوال ، أي اذا كان التفريط من جانب ملاّحي السفينتين، فالخلاف بين المذاهب ههنا هو كالخلاف في اصطدام الفارسين ، كما بينا آنفاً [1] .

وختاماً لا بدّ من ان نقابل هذا بما جاء في قانون الموجبات اللبناني . فهذا القانون ، بعد أن أقر التبعة الوضعية ، أي التبعة بدون ايجاب الخطأ ، على حارس الاشياء الجامدة بصورة عامة كما سنوضح ، نص في احوال الضرر الناجم عن عدة

---

(١) راجع في حوادث الاصطدام التي ذكرنا : كتاب الام (ج ٦ ص ١٦٥ ـ ١٦٦) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٥١ ـ ١٥٢) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٦٠ وما بعدها) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ، ج ٥ ص ٤٥٦) ، والبحر الرائق (ج ٨ ص ٣٥٩) ، ومجمع الانهر شرح ملتقى الابحر (ج ٢ ص ٦٦١) ، ومجمع الضمانات (ص ١٥٠) .

اشياء كتصادم سيارتين مثلاً ، على ان هذه التبعة تزول ويرجع الى التبعة العادية المبنية على الفعل الشخصي ، يعني انه ينظر في ذلك الى سبب الضرر والى قياس الخطأ الذي ارتكبه كل من المصطدمين [١] .

(٢) انظر في حكم اصطدام السفينتين قانوني التجارة البحرية العثماني واللبناني .

الفصل السادس

الضمان والتعويض

ازالة الضرر

بعد ان درسنا الشروط المطلوبة في العمل حتى يعد جرماً مدنياً في الشرع الاسلامي ، لا بدّ من كلمة الاثر الشرعي لهذا الجرم . وهذا الاثر هو الضمان او التعويض الواجب .

واذ علمنا ان كل اعتداء ضارّ هو مخالف للشرع ، فمن الطبيعي ان يوجب الشرع رفع ما يخالفه . لذا قيل في القواعد الكلية ان « الضرر يزال » . وهذه قاعدة من القواعد الاربع [1] ، التي قال عنها القاضي الحسين الشافعي [2] ان مبنى الفقه عليها [3] .

ومهما يكن من مبالغة في هذا القول ، فانه لا مِراء في ان هذه القاعدة من القواعد المهمة ، التي نقلتها كتب الاشباه والنظائر [4] ومجلة الاحكام العدلية (المادة ٢٠) ، وبنت عليها قواعد اخرى ، فيها جميعاً من العدل والنفع الشيء الكثير .

ويُرجع الفقهاء أصل هذه القاعدة الى الحديث الشريف : « لا ضرر ولا ضرار » ، وقد مر تخريجه في اوائل هذا الباب . وكذلك مرّ معنا ان عبارة « لا ضرر » فسّرت بمعنى منع الاضرار بالغير بدون حق .

---

(١) مرت معنا القواعد الاخرى ، في كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » .

(٢) هو ابو علي بن محمد بن احمد المروروذي ، المتوفى سنة ٤٦٢ هـ ، (ابن خلكان ، ج ١ ص ١٤٥) .

(٣) كما نقله تاج الدين السبكي في جمع الجوامع ، راجع شرحه للمحلي ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

(٤) للسيوطي ص ٥٩ ، ولابن نجيم ص ٣٤ .

أما معنى « لا ضرار »، فمن الفقهاء من قال انها نفس معنى « لا ضرر » وتأكيد له . وبعضهم ، كابن عبد البر وغيره ، قالوا ان الضرر « ما ينفعك ويضر صاحبك . والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك »[1] . ومنهم اخيراً من فسّر الحديث بمعنى ان « لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء »[2] .

فبهذا التفسير الثالث ، يكون معنى عبارة « لا ضرر » ان لا يضر احد آخر ابتداء واعتداء . ومعنى عبارة « لا ضرار » ان لا يضره جزاء ، أي ان لا يقابل ضرره بمثله . ولذا قيل في القواعد الكلية ايضاً : « الضرر لا يزال بالضرر »[3] . او بعبارة المجلة : « الضرر لا يزال بمثله » (المادة ٢٥) .

وجملة ما نقوله في ازالة الضرر في مسائل الاتلاف وما اليها ان مفسدة الجرم في ذلك تندفع بتغريم الجاني نظير ما اتلفه ، لا باتلاف نظيره . وبعبارة اخرى ، لم يشرع القصاص في الاموال كما شرع في الدماء . « ولا ريب ان هذا أقل فساداً واصلح للجهتين ، لان المتلف ماله اذ اخذ نظيره صار كمن لم يفت عليه شيء وانتفع بما اخذه عوض ماله ... ولا شك ان هذا أليق بالعقل وابلغ في الصلاح وأوفق للحكمة »[4] .

فعليه لا يجوز للمتضرر ان يقابل الضرر بمثله تشفياً وانتقاماً ، بل عليه ان يراجع الحاكم ويطلب الضمان وازالة الضرر . وبمعناه قالت المجلة : « ليس للمظلوم أن يظلم آخر بما انه ظلم . مثلاً لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة ، بما انه اتلف ماله ، يكونان ضامنين . وكذا لو اتلف زيد مال عمرو ، الذي هو من قبيلة طيّ ، بما ان بكراً الذي هو من تلك القبيلة اتلف ماله ، يضمن كل منهما المال الذي اتلفه . كما انه لو انخدع احد فاخذ دراهم زائفة من احد ، فليس له ان يصرفها الى غيره » (المادة ٩٢١) .

طرق الضمان

ان قواعد الضمان التي رأيناها في الغصب يجري حكمها أيضاً في الاتلاف .

---

(١) معين الحكام للطرابلسي (المطبعة الميمنية بمصر ، سنة ١٣١٠ هـ ، ص ٢٤٤) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٣٣٥) .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، في الموضع المذكور .

(٣) نقلت عن السبكي في الاشباه والنظائر ، للسيوطي (ص ٦١) ، ولابن نجيم (ص ٣٥) .

(٤) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ ص ٧١ — ٧٢ .

وهي بوجه عام توجب اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات ، واعطاء قيمته ان كان من القيميات او ان تعذر ايجاد المثل في المثليات [١] .

ولكن تجب الملاحظة أن ضمان قيمة الشيء المتلف في الاتلاف بلا غصب يفارق الضمان في الغصب عند الحنفيين . فبينما رأينا انه ينظر في الغصب الى قيمة المتلف يوم غصبه في القول المختار ، نرى الآن في المتلف بلا غصب ان قيمته تعتبر يوم التلف بلا خلاف [٢] .

وتجب الاشارة ايضاً الى ان الضمان يكون في مال الجاني نفسه ، فلا تتحمله قبيلته او عاقلته ، كما هو الامر في بعض جنايات الدماء [٣] .

اما نوع التعويض والضمان فانه ، وان كان عادة من النقود ، الا انه لا يكون واجباً كذلك الا في ضمان القيمة في القيميات . فاذن يجوز ان يكون التعويض من غير النقود في أحوال عديدة . ففي المثليات يجب اعطاء المثل كما قدمنا . وكذلك عند جمهور الفقهاء ، يجب الضمان بازالة الضرر عيناً ، أو بجبر المتلف واعادته صحيحاً كما كان ، متى كان ذلك ممكناً .

ومن أمثلة هذا اعادة بناء الحائط المهدوم كما سنرى . وايضاً جاء في الخلاصة انه لو أفسد أحد تأليف حصير أو فرّق اسنان سلم ، كلف اعادة ما أفسده الى ما كان عليه ، إن كان يمكن اعادته [٤] .

وهذا التنوع في طرق التعويض قريب على الجملة مما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني . فقد نص فيه انه « يكون التعويض في الاصل من النقود ، ويخصص كبدل عطل وضرر . غير انه يحق للقاضي ان يلبسه شكلاً يكون اكثر موافقة لمصلحة المتضرر ، فيجعله حينئذ عيناً ، ويمكن ان يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد » (المادة ١٣٦) .

---

(١) راجع تفصيل ذلك في فصل الغصب من الباب السابق ، والمادة ٤١٦ من المجلة ، والبدائع (ج ٧ ص ١٦٨) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٦٧ ـ ٣٥٦٨) .

(٢) الاشباه لابن نجيم ، ص ١٤٦ .

(٣) الزيلعي على الكنز ، ج ٦ ص ١٤٤ .

(٤) راجع جامع الفصولين (ج ٢ ص ١٣٠) ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٧) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٧) .

الاتلاف الجزئي

لا شك في ان ما قلناه عن احكام الضمان يتعلق باحوال الاتلاف التام . ولكن اذا كان الاتلاف جزئياً ، او من نوع ما يسمونه الافساد او النقصان ، فما هو الحكم الواجب ؟ ان الجواب عن ذلك يحتاج الى تفصيل .

فالاصل في النقصان او الافساد اليسير ، ان يدفع الجاني قيمة هذا النقصان بلا خلاف . لذا جاء في المجلة أنه « لو أطرأ احد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة » (المادة ٩١٧) . ومعنى ذلك ان الشيء يُقوّم صحيحاً ويقوّم بعد النقصان . ثم يكلف الجاني ان يدفع الى صاحبه ما بين القيمتين [١] .

هذا في النقصان اليسير . ولكن هل يجري نفس الحكم في النقصان الفاحش ؟ لقد رأينا سابقاً في الغصب أن النقصان الفاحش في قيمة الشيء المغصوب يعطي صاحبه الخيار ، إما أن يطلب قيمة النقصان ، أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه تمام قيمته (المجلة المادة ٩٠٠) . أما في الاتلاف بدون غصب ، فهل لصاحب الشيء هذا الخيار ؟

قال مالك إنه إذا كان الافساد فاحشاً بحيث « تذهب المنفعة المقصودة من الشيء » ، كقطع يد الدابة أو ما أشبه ، فصاحبه مخيّر بين أن يأخذ قيمة النقصان أو أن يعطي الجاني الشيء المتلف ويغرمه قيمته كاملة . وروي أن أبا حنيفة والشافعي قالا في الاتلاف بدون غصب بأن ليس لصاحب الشيء إلا قيمة النقصان [٢] .

وعلى الرغم من ذلك ، فقد قال الحنفيون بما قاله مالك في الاتلاف الجزئي الفاحش ، إن كان هذا الاتلاف شبيهاً في الواقع بالاتلاف التام . مثاله لو قطع أحد أغصان شجرة غيره ، فان كان النقصان فاحشاً ضمن القاطع قيمة الشجرة ، وإلا فقيمة النقصان [٣] . وكذلك لو أتلف إنسان أحد مصراعي الباب أو أحد زوجي الحذاء ، فبما أن الباقي لا فائدة منه وحده ، كان للمالك أن يسلمه للجاني ويضمنه

---

(١) المحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٠) ، والام (ج ٣ ص ٢١٨) .

(٢) البهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٣٥٣ ــ ٣٥٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٤) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٢) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٣٦٥ ــ ٣٦٦) .

(٣) مجمع الضمانات ، ص ١٤٧ .

تمام القيمة ، وذلك في الرأي المختار [١] ، خلافاً لما جاء في بعض الفتاوى من وجوب ضمان المتلف لا غير [٢] .

بعض الامثلة والطوارئ

بعد ان أتينا على المبادىء العامة في الضمان وأحكامه ، نرى من الفائدة أن نوضح بعض المسائل الفرعية المهمة التي عثرنا عليها في المجلة وفي بعض الكتب الفقهية .

اولاً — قطع الشجر

في المجلة : « لو قطع أحد الاشجار التي في روضة غيره بغير حق ، فصاحبها مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع ، وان شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة . مثلاً لو كانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة عشرة آلاف ، وبلا أشجار خمسة آلاف ، وقيمة الاشجار الفين ، فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع واخذ خمسة آلاف وان شاء أخذ ثلاثة آلاف والاشجار المقطوعة » (المادة ٩٢٠) [٣] .

ثانياً — هدم العقار

ورد في المجلة ايضاً انه : « اذا هدم أحد عقار غيره ، كالحانوت والخان ، فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمّنه قيمته مبنياً ، وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وضمّنه القيمة الباقية واخذ هو الانقاض . ولكن اذا بناه الغاصب كالاول يبرأ من الضمان » (المادة ٩١٨) .

وفوق ذلك ، فان مذهب ابي حنيفة والشافعي وابي ثور وداود الظاهري وغيرهم يجبر من هدم حائطاً أو بناء لغيره أن يبني له مثله ، الا اذا تعذرت المماثلة فيرجع الى قيمة المهدوم . وهذا من الاحكام الثابتة بالسنّة . وقد فصل الامام محمد بن الفضل [٤] ذلك ، فقال انه اذا هدم رجل حائط انسان يضمن قيمته ان

---

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١٣٠ .

(٢) الفتاوى البزازية (بهامش الهندية) ، ج ٣ ص ١٦٨ .

(٣) راجع ايضاً جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١٢٧ — ١٢٨ .

(٤) هو ابو بكر الفضلي الكماري البخاري الحنفي ، المتوفى سنة ٣٨١ هـ (عن الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ، ص ١٨٤) .

كان الحائط من خشب او من طين قديم ، ولكنه يؤمر باعادةبنائه ان كان حديثاً جديداً [١] .

ثانياً — قلع عين الحيوان

ان الحيوان كما نعلم من الاموال ، لذا كان اتلافه التام والجزئي تابعاً لاحكام اتلاف باقي الاموال . هذا هو الاصل ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الضمان الواجب في مسألة خاصة ، هي قلع عين الدابة . فالائمة مالك والشافعي وابو يوسف وداود الظاهري قالوا في ذلك بان على الجاني ان يدفع قيمة نقصان الثمن .

ومثلهم قال الحنفيون في الحيوانات التي ينظر الى لحمها فقط، كالشاة وما أشبه . اما في الحيوانات التي ينظر فيها الى مقاصد اخرى من حمل وعمل وركوب وجمال وزينة ، وهي البقر والابل والخيل والبغال والحمير ، فقد قالوا استحساناً ان ضمان قلع العين الواحدة منها هو ربع الثمن . وبذلك افتى الامام احمد بن حنبل في الخيل خاصة . وروي ان الخليفة عمر بن الخطاب والقاضي شريحاً قضيا ايضاً بربع الثمن ، وقيل انهما قضيا بالنصف . وعلى كل فقد شك ابن حزم في صحة هاتين الروايتين [٢] .

واخيراً روي عن مالك وابن حنبل انهما قالا لو قطع أحد ذنب حمار القاضي ، فعليه دفع قيمته الكاملة، لان الحمار لا يبقى صالحاً لحمل القاضي بعد ذلك [٣] . وهذا ، كما ترى ، قول فيه مبالغة ونظر . فلو فرض وكان الحمار لا يصلح لركوب القاضي صوناً لوقاره وكرامته ، فهو يصلح بلا شك لحمل غيره من النـــاس او الاشياء ، ويبقى من ثم ذا قيمة حقيقية في الاسواق . فكان أجدر وأولى ان يحكم في هذه المسألة بنقصان قيمة الحمار ، كما في غير ذلك من الجرائم على المال والحيوان .

---

(١) كما نقله بدر الدين بن العيني عن الفتاوى الظهيرية ، في عمدة القاري شرح صحيح البخاري (ج ١٣ ص ٣٨) . انظر ايضاً المحلى (ج ٨ رقم ١٢٦١) ، وشرح الاشباه للحموي (ج ٢ ص ٩٧) .

(٢) الهداية (ج ٤ ص ١٦٣ — ١٦٤) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (ج ١١ ص ٢٥٨)، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٨) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٨) ، والفتاوى الخانية (بهامش الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٤٧٧) ، وشرح الزرقاني على الموطأ (ج ٤ رقم ٥١٥) .

(٣) فتح العزيز في الموضع المذكور ، والاعتصام للشاطبي (ج ٢ ص ١٢١) .

الباب الثالث

أحوال خاصة في الضمان

الفصل الاول

المسؤولية عن عمل الغير والاكراه وتبعة فاقدي الاهلية

التبعة الفردية والتبعة عن عمل الغير

« ولا تزر وازرة وزر اخرى » . هذه آية كلية ، هي عماد الشريعة الاسلامية ، الشريعة الآلهية التي وحّدت بين الدين والقضاء في مبادىء واحكام كثيرة ، ومحت بهذا المزيج اثر النظريات الجاهلية ، التي لم تفرق بين الفرد وقبيلته ولا بين مسؤوليته والمسؤولية القبلية .

وكيف لا تكون هذه الآية عماد الشريعـــة ، وهي تقرّ مبدأ التبعة الفردية الذي يوجب ان يكون الفرد مسؤولا عن عمله لا عن عمل غـــيره ، وأن يكون مسؤولا وحده عن ذلك ؟ وهل في هذا المبدأ الا ما يوافق العقل ويلائم العدل ، كل الموافقة وكل الملاءمة؟

فلا عجب إذن من ان نرى التبعة الفردية اليوم من الاوليات الشرعيـــة في القوانين العصرية ، ومن ان نرى هذه القوانين شبيهة في هذا بالشريعة الاسلامية .

على ان مبدأ التبعة الفردية ، كمعظم المبادىء الاساسية ، لا تخلو من مستثنيات يقتضيها العدل نفسه ويفرضها الانصاف . وان تعليل هـذه المستثنيات ، كتعليل غيرها ، يستند الى ما نشاهد مراراً من تعارض المصالح ، والى ما يجب في ذلك من

الترجيح بينها وتفضيل أهمها على المهم منها .

ونحن نرى هذه المستثنيات اليوم مندرجة في فئة مستقلة من الاحوال ، يكون فيها الفرد أحياناً مسؤولاً عن عمل غيره . وهذه الفئة محدودة في أحوال معينة ، تكاد لا تخرج عنها . وهاك أهمها كما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، في فصل التبعة الناجمة عن فعل الغير ، وهو كما نعلم قانون حوى احدث النظريات وزبدة الافكار العصرية .

جاء في هذا القانون : « ان المرء مسؤول حتماً عن الاضرار التي يحدثها اشخاص آخرون ، هو مسؤول عنهم ، وعددهم محدود محصور » (المادة ١٢٥) . وهم الاولاد القاصرون والتلامذة والخَدم .

« فالاصول والأوصياء مسؤولون عن كل عمل غير مباح يأتيه الأولاد القاصرون المقيمون معهم والخاضعون لسلطانهم .

« والمعلمون وارباب الصناعات مسؤولون عن الضرر الناجم عن الأعمال غير المباحة التي يأتيها الطلبة او المتدرجون الصناعيون في اثناء وجودهم تحت مراقبتهم ، على ان الحكومة هي التي تتحمل التبعة بدلاً من أعضاء هيئة التعليم الرسمي .

« والتبعة تلحق بالاشخاص المشار اليهم ما لم يثبتوا انه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه . وتبقى التبعة قائمة وان كان فاعل الضرر غير مسؤول لعدم ادراكه » (المادة ١٢٦) .

وجاء فيه ايضاً : « ان السيد والولي مسؤولان عن ضرر الاعمال غير المباحة التي يأتيها الخادم او المولى في اثناء العمل ، او بسبب العمل الذي استخدماهما فيه وان كانا غير حرين في اختيارهما ، بشرط ان يكون لهما سلطة فعلية عليهما في المراقبة والادارة .. » (المادة ١٢٧) .

وان هذه المستثنيات وما اليها ليست ، بوجه عام ، بعيدة عن مبدأ التبعة الفردية ، كما يظهر لأول وهلة . بل هي قريبة منه متصلة به . ففيها جميعاً يكون الفرد المسؤول عن غيره خاطئاً في غالب الأمر ، وقد يفترض القانون فيها أحياناً وجود الخطأ افتراضاً . وهذا الخطأ ليس إلا التقصير في حفظ من وُكل اليه أمره ، والتفريط في مراقبته وفي السعي لمنعه من إتيان ما يؤاخذ عليه .

وفي الشريعة الاسلامية طائفة من المستثنيات سنأتي على ذكرها في هذا الفصل .

وهي في هذا كما سنرى ليست وسيعة كسعة الشرائع الحديثة . ويفسّر ذلك على ما نعتقد ، كما يفسّر أيضاً غيره من مواضع الاختلاف والتباين ، ما نعلمه من خلاف في العصر والبيئة والأحوال الاجتماعية .

فهل كان عند العرب والمسلمين ، أو غيرهم في زمانهم ، المعامل والمصانع التي تحشر المئات والالوف من العمال ، حتى ينظر التشريع في أمر مسؤولية صاحب العمل أو الصناعة عن أفعال هؤلاء العمال ؟ وهل كان في العائلة العربية ، التي اشتهرت بتماسك أفرادها وتضامنهم ، ما نلمسه اليوم في المجتمع الحديث من تفكك في الرباط العائلي ومن تشتت في الحياة العائلية ، حتى نجبر الأولياء والأوصياء على التقرب من الذين يخضعون لولايتهم ورعايتهم ، وعلى التيقظ في حفظهم وفي السهر على شؤونهم ومصالحهم ؟

ونحن ، إذ نبيّن هذا الخلاف في المستثنيات ، لا نرى بدّاً من القول بأن الشريعة الاسلامية ، وهي التي أثبتنا في مواضع اخرى عديدة أنها قابلة للتطور مع المدنية وملائمة لكل زمان ومكان ، هذه الشريعة ليس فيها ما يمنع من التوسع في هذه المسألة وفق حاجات العصر الحديث ، بل أنها على العكس تساعد على ذلك بروحها وبأصولها ومبادئها .

وهل من ينكر الحديث الشريف : « كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته ، الامام راعٍ ومسؤول عن رعيته ، والرجل راعٍ ومسؤول عن رعيته .. »[1] ? أوَليس من ذكرنا من المسؤولين عن عمل الغير الارعاة فيما طلب منهم وفيمن وكل اليهم ؟ وهل في هذا الحديث الحكيم الا ما يؤيد ما قدمناه ويثبت ما ذهبنا اليه ؟

تبعة الصغار ومن كان في حكمهم في النظرية العصرية

ان ما قدمناه في الفصول السابقة يتعلق بمن كان عاقلاً مميزاً ، يدرك ما يجريه من الاعمال ويسأل عن نتائجه بوجه عام .

على ان من الناس من لا يفقه ما يعمل ، ولا يميز الخير من الشر ، كالصبي الصغير ، ومن كان مثله كالمجنون والمعتوه . فهؤلاء الناس محجور عليهم ، أي ممنوعون من التصرفات القولية كما سنرى في باب أهلية التعاقد من قسم العقود . ولكن ما هي

(١) مر تخريجه سابقاً في الفصل الاول من الباب الرابع من القسم الاول من هذا الكتاب .

مسؤوليتهم في التصرفات الفعلية أي في الاعمال المحرمة التي تسبب ضرراً للغير ؟ أيضمنون الضرر في مالهم ، أم يكون وليهم مسؤولاً عنهم ؟

هذه أسئلة اختلفت القوانين في الجواب عنها . وهي تضطرنا للعودة الى موضوع الخطأ الجرمي وهل هو من شروط الضمان أم ليس منها .

فاذا اشترط الخطأ لتحقق المسؤولية الجرمية ، فهذا يستتبع حتماً اشتراط التمييز والادراك عند الفاعل ، اذ لا يتصور فيمن لا يدرك ولا يميز ان يتعمد شيئاً أو أن يكون خاطئاً بالتقصير أو بعدم التبصر . فالتعمد والتبصر كلها أمور تقتضي العقل والفهم والتمييز .

فاذن في الرأي السائد اليوم في القوانين العصرية ، الذي ينتمي كما نعلم الى نظرية الخطأ في المسائل الجرمية ، لا يكون الانسان مسؤولاً وضامناً ، ان لم يكن مميزاً . فعليه لا يسأل الصبي الصغير غير المميز والمجنون وما أشبه عن الاعمال الضارة التي يقترفونها عن غير ادراك .

غير ان اشتراط الادراك في التصرفات الفعلية قد يؤدي الى حرمان المتضرر من التعويض ، لولا الاحتياطات الآتية : —

اولاً — أوضحنا ان الرأي السائد اليوم يميل الى تحميل الاولياء والاوصياء تبعة الاعمال الجرمية التي يأتيها الاولاد القاصرون المقيمون معهم والخاضعون لولايتهم ، وان كان هؤلاء غير مسؤولين لعدم ادراكهم [١] .

ثانياً — نعم ، كما جاء في القانون اللبناني ايضاً ، « فاقد الاهلية مسؤول عن الاعمال غير المباحة التي يأتيها عن ادراك » . الا انه « اذا صدرت الاضرار عن شخص غير مميز ، ولم يستطع المتضرر ان يحصل على التعويض ممن نيط به أمر المحافظة على ذلك الشخص ، فيحق للقاضي ، مع مراعاة حالة الفريقين ، ان يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل » (المادة ١٢٢) [٢] .

موقف الشريعة الاسلامية من تبعة الصغار واشباههم

ان هذه الشريعة ، بما انها اتخذت رأياً وسطاً في مسألة اشتراط الخطأ ، فهي

(١) المادة ١٢٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، المذكورة آنفاً .

(٢) راجع ايضاً المواد ٨٢٧ — ٨٢٩ من القانون المدني الالماني .

ايضاً توسطت في مذهبها بشأن القاصرين ومن كان في حكمهم ، وفصلت بوجه عام بين أحوال المباشرة وأحوال التسبب .

ففي أحوال المباشرة ، اتبع الفقهاء القاعدة ان المباشر ضامن وان لم يتعمد . مثاله، لقد رأينا في الجنايات الواقعة على النفس ان القاصرين ومن كان في حكمهم، وان لم يجب عليهم القصاص ، الا ان الدية تكون واجبة على عاقلتهم او في مالهم.

وكذلك في اتلاف الاموال مباشرة ، يضمن هؤلاء هم الضرر الذي يباشرونه ، ولا يكون وليهم مسؤولا عنهم. لذا جاء في مجلة الاحكام العدلية ، في فصل مباشرة الاتلاف ، انه : « اذا أتلف صبي مال غيره ، فيلزم الضمان من ماله . وان لم يكن له مال ، ينتظر الى حال يساره ، ولا يضمن وليه » (المادة ٩١٦) .

ويكون الصبي في الاتلاف مباشرة مسؤولا في ماله ، سواء أكان مميزاً أم غير مميز . ومن الطبيعي أن يجري هذا الحكم قياساً على باقي فاقدي الاهلية غير المميزين، كالمجنون والمعتوه ومن اليهم . وهذا القول مقبول عند جمهور الفقهاء ، ما عدا بعض التردد عند جماعة من المالكيين [١] .

فالصغير اذاً والمجنون والمعتوه هم جميعاً ، بعبارة المجلة ، محجورون لذاتهم . وهم « وان لم يعتبر تصرفهم القولي ، لكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشآ من فعلهم . مثلا يلزم الضمان على الصبي اذا اتلف مال الغير ، وان كان غير مميز » (المادة ٩٦٠) .

وتعليل هذا كله يرجع الى ما قلناه من ان التعمد لا يشترط في احوال المباشرة. اما في احوال التسبب ، فلا بد لوجوب المسؤولية من التمييز والادراك عند الفاعل . وان هذا القول ، وان لم يذكره الفقهاء صراحة ، لكنه يستند الى ما نعرفه من اشتراط التعمد في الاضرار تسبباً ، عملاً بقاعدة « المتسبب لا يضمن الا بالتعمد » . ويستند ايضاً الى قياس العكس من ان ما ذكرته المجلة عن ضمان الصبي (المادة ٩١٦) ورد في باب الاتلاف مباشرة فقط . هذا الى ان في كتب الفقه امثلة تؤيده ولا تفسر الا به .

---

(١) راجع البدائع (ج ٧ ص ١٦٨) ، والفتاوى الانقروية (ج ١ ص ١٨٠) ، ومجمع الضمانات (ص ١٧٠ و ١٧٣) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٣) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٢٧٨) ، وموطأ مالك بشرح السيوطي (ج ٢ ص ١٨٩) ، والابهاج للسبكي في شرح المنهاج للبيضاوي (بذيل نهاية السول للاسنوي ، ج ١ ص ١٠٠) .

مثاله جاء في المبسوط انه : لو « سار الصبي على الدابة فاوطأ انساناً فقتله ، فان كان هو ممن يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي . وان كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها ، فدم القتيل هدر »[1] . وبعبارة أخرى ، لم يكن الضمان واجباً على الصبي في الحالة الثانية ، لانه صغير لا يستمسك عادة على الدابة ، ولا يملك التمييز والفهم اللازم لذلك . فهو من ثم لا يملك التعمد الذي يشترط في كل ضرر حصل تسبباً .

أما معنى التمييز والادراك ، ففيه اختلاف في المذاهب والقوانين . ففي بعضها أعتبرت سن التمييز سبع سنين ، وفي غيرها ترك الامر للقاضي . وعلى كل ، فنحن سنذين ذلك مفصلاً في باب الاهلية من قسم العقود .

ولا بدّ من الملاحظة ان الولي احياناً يكون بوجه استثنائي مسؤولاً عن عمل الصبي ، ان كان الولي قد أمره باجراء العمل ، وذلك بالشروط التي سنذكرها قريباً في بحث الآمر .

الاكراه

من الابحاث الفقهية ما يكون متعلقاً بابواب عديدة ، ولا يقتصر على واحد منها . ومن هذه الابحاث الاكراه ، فهو ذو علاقة بالتصرفات القولية ، وايضاً بالتصرفات الفعلية . ولذا نحن نرجيء تفصيل تعريفه وادلته وشروطه واحكامه الى قسم العقود ، منعاً من الترداد والتكرار . انما نكتفي هنا من احكامه بما هو خاص بالتصرفات الفعلية .

وبوجه عام ، ان « الاكراه هو اجبار احد على ان يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالاخافة ... » (المادة ٩٤٨) . وهو عند الحنفيين « على قسمين : القسم الاول هو الاكراه الملجيء ، الذي يكون بالضرب الشديد المؤدّي الى اتلاف النفس أو قطع عضو . والثاني الاكراه غير الملجيء ، الذي يوجب الغم والألم فقط ، كالضرب والحبس » (المادة ٩٤٩) .

وفائدة هذا التقسيم في المذهب الحنفي ان الاكراه الملجيء وحده يعتبر نافياً للضمان . فعليه ، كما جاء في المجلة ، « لو قال أحد لآخر اتلف مال فلان والا اقتلك

---

(١) المبسوط ، ج ٢٦ ص ١٨٧ .

أو أقطع أحد اعضائك ، واتلف ذلك ، يكون الاكراه معتبراً ، ويلزم الضمان على المجبر فقط . وأما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك أو احبسك ، واتلف ذلك ،فلا يكون الاكراه معتبراً ، ويلزم الضمان على المتلف فقط » (المادة ١٠٠٧).

فاذن في اتلاف الاموال عند الحنفيين ، يكون الاكراه الملجيء أو الاكراه التام نافياً للضمان عن المأمور المكرَه ، ويكون الضمان على الآمر المكرِه وحده ، « لان المتلف هو المكره من حيث المعنى ، وانما المكرَه بمنزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار ايثاراً وارتضاءً .. وان كان الاكراه ناقصاً فالضمان على المكرَه ، لان الاكراه الناقص لا يجعل المكرَه آلة المكرِه ،لانه لا يسلب الاختيار اصلاً » [1].

وكذلك عند الشافعي ، يكون الضمان على المكرِه الآمر وحده . اما في المذهب المالكي فبعضهم يرى وجوب الضمان على المكرَه وحده ،الا اذا كان عديماً ، فالضمان حينئذ يكون على الآمر المكرِه . ولكن الرأي المالكي المختار يقول بتضمين المكرِه والمكرَه معاً . واخيراً في المذهب الظاهري البائد، يكون الضمان على المأمور المكرَه وحده ، لان الاكراه في هذا المذهب لا يبيح افساد المال [2] .

هذا الذي ذكرنا هو حكم الاكراه في اتلاف الاموال . اما الاكراه في الجنايات على النفس فقد مرّ حكمه سابقاً مع اختلاف المذاهب فيه ، ولا فائدة من تكرار بيانه [3] .

حكم الآمر

لم يكن وضع الاكراه في هذا الفصل من حيث انه يكون احياناً سبباً لمسؤولية المكرِه عن عمل الغير كما فصّلنا فحسب، بل كان ذلك ايضاً بقصد مقارنته ببحث آخر قريب منه في غاية الاهمية في هذا المعرض ، وهو بحث الآمر .

والآمر هو من يأمر غيره بان يعمل عملاً في ملكه هو أو في ملك الغير . فان

---

(١) البدائع ، ج ٧ ص ١٧٩ .

(٢) الوجيز (ج ٢ ص ١٢٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٦٢) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي (ج ٤ ص ٣٤٨) ، وشرح الحطاب وبهامشه شرح المواق (ج ٥ ص ٢٧٨) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٠٣) .

(٣) راجع الفصل الثالث من الباب السابق .

كان العمل المأمور به في ملك الآمر ، فلا ضمان على فاعله المأمور ، لان الامر من نوع الاذن الصريح ، والاذن كما نعلم يجيز التصرف في ملك من صدر عنه .

وإن كان العمل المأمور به واقعاً في ملك الغير ، فلا عبرة به في الأصل ، لأننا نعلم أيضاً أن « الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل »[1] . لذا جاء في القواعد الكلية من الأشباه والنظائر[2] أن : « الآمر لا يضمن بالأمر » . وجاء في المجلة : « يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ، ما لم يكن مجبراً » (المادة ٨٩) .

ومعنى ذلك انه إذا أمر أحد آخر دون إكراه بأن يعمل عملاً ، فالفاعل وحده مسؤول عن نتائجه دون الآمر . مثلاً ، لو أمر أحد رجلاً كبيراً عاقلاً بأن يقتل إنساناً أو بأن يحرق ثوبه ، فالضمان على الفاعل ، ولا شيء على الآمر[3] .

ويكون الفاعل المأمور مسؤولاً ، حتى وإن كان المتضرر هو الآمر نفسه . مثاله جاء في بعض الكتب الحنفية أنه لو أمر رجل رجلاً آخر بوضع حجر في الطريق ، فعثر به الآمر وعطب ، فالضمان على واضع الحجر . « وكذا لو قال اشرع جناحاً من ذلك ، أو ابنِ دكاناً على بابك ، فعطب به الآمر أو غلامه ، وكذا لو بنى الآمر للمأمور بأمره ثم عطب به الآمر ضمن »[4] .

وسبب تبعة المأمور دون الآمر هو أن الأمر إذا لم يكن من نوع الاكراه لا يؤثر في اختيار الفاعل وارادته . فاذا عمل هذا ما كلف به فيكون قد عمله مختاراً طائعاً ، ويكون مسؤولاً هو باعتباره مباشراً ، وفاقاً لقاعدة تقديم المباشر على المتسبب ، او تقديم المتسبب الاقرب على المتسبب البعيد .

فهذا التعليل يستتبع طبعاً مسؤولية الآمر ، إذا كان أمره من نوع الاكراه الحقيقي كما اوضحنا آنفاً . وعلاوة على حالة الاكراه ، فانه يوجد في الشرع الاسلامي احوال استثنائية يكون فيها المرء مسؤولاً عن عمل غيره ، وذلك بسبب الامر الشبيه بالاكراه ، أو بسبب الامر العادي احياناً ، او بسبب خاص آخر .

واهم هذه المستثنيات : امر السلطان ومسؤولية الدولة عن عمالها ، والضمان في

---

(١) المادة ٩٥ من المجلة . راجع ايضاً المادة ١٥١٠ منها وما مر في شرح هاتين المادتين في الفصل الاول من الباب الرابع من القسم الاول من هذا الكتاب .

(٢) لابن نجيم ، ص ١١٣ .

(٣) الفتاوى الخانية (بهامش الهندية ، ج ٣ ص ٤٨٣) ، ومجمع الضمانات (ص ١٥٦) .

(٤) كما نقله البغدادي ، في مجمع الضمانات ، ص ١٨١ .

جناية العبد ، ومسألة الصبي والاجير والمأمور . وهاك بايجاز ايضاحها جميعاً .

امر السلطان ومسؤولية الدولة عن عمالها

إن امر السلطان ، الذي تجب طاعته ، او الذي يخافه المأمور ان لم يمتثل امره ، هو بمنزلة الاكراه ، وحكمه كحكمه تماماً ، فلا لزوم للتوقف عنده [١] . مثاله قال السيوطي الشافعي انه لو قتل الجلاد رجلا بامر الامام ظلماً وهو جاهل ذلك ، فالضمان على الامام لا على الجلاد [٢] . وهذا موافق للمذهب الشافعي في الاكراه ، كما رأينا .

ويكون السلطان مسؤولا احياناً عن اضرار عماله أو اتباعه ، وان لم يكن في المسألة اكراه او امر . فقد روي أن ابا بكر وعمر بن عبدالعزيز كانا يعوضان من بيت المال الضرر الناتج عن اعمال الموظفين . مثاله ، روى ابو يوسف ان رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز ، وقال له : « يا امير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من اهل الشام فأفسدوه » ، فعوضه ابن عبد العزيز عشرة آلاف (درهم) [٣] .

هذا وقد خالف آخرون في الحكم في مسألة جناية عمال الدولة . فروي ان عمر بن الخطاب كان يقتصّ من عماله ، ويقول « اني لم آمرهم بالتعدي ، فهم اثناء عملهم يعملون لانفسهم لا لي » [٤] .

الصبي المأمور

جاء في كتب الحنفيين خاصة انه « لو أمر رجل ابنه البالغ ليوقد ناراً في أرضه ففعل وتعدّت الى ارض جاره فاتلفت شيئاً ، يضمن الأب ، لأن الأمر قد صح ، فانتقل فعل الابن اليه ، كما لو باشره الأب » [٥] .

---

(١) الوجيز (ج ٢ ص ١٢٣ ـ ١٢٤) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٥٠) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١٠٧ ـ ١٠٨) .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٠٩ .

(٣) كتاب الخراج ، ص ٦٨ .

(٤) كما نقله الشيخ محمد سليمان ، في رسالته « بأي شرع نحكم » ، بولاق ، ١٩٣٦ ، ص ٩ و ٢٦ .

(٥) رد المحتار على الدر المختار (ج ٥ ص ١٨٦) ، ومجمع الضمانات (ص ١٦٢) .

ونعتقد ان سبب ذلك هو ان امر الوالد بمنزلة الاكراه المعنوي على ولده ، بما لهذا نحو ابنه من واجب الطاعة والاحترام . فيكون في الواقع كأنه مجبر على عمل ما يؤمر به ، ويكون الوالد مسؤولاً عن نتائج امره .

ولقد قلنا ان الأصل في الشرع الاسلامي ، خلافاً للقانون المبناني ، ان الصبي مسؤول في ماله عن عمله الجرمي . ولكن لهـذا الأصل استثناء ، متى كان الصبي مأموراً باجراء هذا العمل .

فالضابط في ذلك عند الحنفيين ان الصبي المأمور اذا اتلف مال الغير ، يضمن هو الضرر ، ولكنه يرجع بما دفعه على الآمر [1] . فيكون هـذا الآمر مسؤولاً عن عمل الصبي المضر ، لأن امره بالقياس الى الصبي شبيه بالاكراه ايضاً .

مثلاً نُقل عن القنية انه لو امر أحد صبياً ليأتي له بنار من مكان ، فجاء بها وسقطت منه على حشيش وتعدّت الى مال الغير فاحترق ، فالصبي ضامن ، ولكنه يرجع على الآمر بما يضمن [2] .

وكذلك لو امر الصبي بقتل رجل أو بحرق ماله او بقتل دابته ، كان الضمان على عاقلة المأمور في الحالة الاولى وعليه في ماله في الحالتين الاخيرتين ، وكان الضامن في جميع هذه الاحوال ان يرجع على الآمر بما دفع [3] .

ولكن يشترط في الامر ان يكون ذا علاقة متصلة بالاتلاف . اما اذا كان منفصلاً عنه ، فلا رجوع على الآمر . مثاله ، لو امر احد صبياً ، مدركاً قادراً عادة على ان يستمسك على الدابة ، بان يسيرها ، فوطئت الدابة انساناً ومات ، فالضمان على عاقلة الصبي وليس لها حق الرجوع على الآمر ، لان هـذا امره بالتسيير فقط ، والايطاء منفصلٌ عنه [4] .

الضمان في جناية العبد

لسنا في معرض يسمح لنا بالتوسع في جناية العبيد ، والجناية عليهم وعلاقـة

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١١٣ .
(٢) مجمع الضمانات ، في الموضع المذكور .
(٣) الزيلعي على الكنز (ج ٦ ص ١٥٩) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٤٨٣) .
(٤) مجمع الانهر ، ج ٢ ص ٦٦٤ .

السيد بهذه المسائل ، وخلاف المذاهب في كل ذلك . انما لا بدّ من كلمة صريحة في مسؤولية السيد عن اعمال العبد التي توجب التعويض والضمان .

فالاصل في ذلك انه لو ارتكب العبد جرماً يوجب الضمان ، فالضمان يكون في ماله . واذا لم يكن له مال ، فالحكم عند جمهور الفقهاء ، أي في مذاهب ابي حنيفة ومالك وابن حنبل ، ان السيد مُخير بين ان يسلم العبد المجني عليه وبين ان يفديه بدفع الضمان عنه . ولكن الشافعي قال بان ضمان جناية العبد تكون ديناً في رقبته ، يباع بسببه لاجل ايفاء ما يجب في ذلك ، الا ان يفتكه المولى ويقضي هذا الدين عنه. اما عند اتباع المذهب الظاهري ، فان لم يكن للعبد مال ، فالضمان يبقى ديناً في ذمته حتى يصبح لديه مال في رقّه او بعد عتقه ، وليس على سيّده فداؤه ولا بيعه ابداً [١] .

وان ما قدمنا يتعلق بمسؤولية صاحب العبد ، سواء أكان قد امره بما فعل أم لم يكن . ولكن لو كان العبد مأموراً من قبل سيده أو من قبل غيره ، فهل يكون الآمر مسؤولاً ؟ لا شك في مسؤوليته عند جمهور الفقهاء . ونحن نرى هنا ايضاً ، كما في مسألة الصبي ، ان تعليل تبعة الآمر يستند من جهة الى الاكراه المعنوي ، والطاعة الواجبة في العبد نحو آمره ، لا سيما ان كان الآمر سيده ، ويستند من جهة أخرى الى لزوم مقابلة النفع الذي يجنيه الآمر من عمل العبد بالضرر الذي ينشأ عنه وفاقاً لقاعدة « الغرم بالغنم » .

والضابط في المسألة انه لو امر أحد عبد غيره بالأباق (الهرب) أو بقتل نفسه فالآمر يضمن . وكذلك اذا أمره باتلاف مال غير مال سيده ، فالضمان الذي يدفعه سيده يرجع به على الآمر . ومن باب أولى ، اذا أمر أحد عبده ليجني ، فعلى الآمر ضمان ما جنى . ولكن اذا امر أحد عبد غيره باتلاف مال سيده ، فلا ضمان على الآمر. هذا موجز ما وجدته في بعض الكتب الفقهية ، لا سيما كتب الحنفيين [٢] .

وروي بهذا المعنى ان غلمة لحاطب بن ابي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة ،

---

(١) راجع المبسوط (ج ٢٧ ص ٢٦) ، والهداية (ج ٤ ص ١٦٥) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٦ ص ١٥٣) ، ومجمع الضمانات (ص ١٩٤) ، والمغني (ج ٩ ص ٥١١) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٥٢) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٨) .

(٢) الاشباه لابن نجيم (ص ١١٣) ، وشرحه للحموي (ج ٢ ص ٩٨) ، ورد المحتار (ج ٥ ص ١٨٧) والمغني (ج ٩ ص ٥١٢) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١١٤) .

فشكاهم هذا الى عمر بن الخطاب ، فامر عمر بتغريم حاطب ضعفي قيمة الناقة . وقد علق الامام مالك على هذا الحكم في الموطأ بقوله : « وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ، ولكن مضى أمر الناس عندنا على انه يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها »[١] .

الاجير المأمور

ان الاجير اذا جنى جناية او أتلف مالا بأمر مستأجره ، أفيكون الضمان على الاجير أم على المستأجر؟ الجواب عن ذلك بوجه عام هو ان الاجير يضمن . ولكن له حق الرجوع على المستأجر ، ان كان الامر يرمي الى اجراء عمل لا يعلم الاجير بتحريمه .

مثاله لو أمر أحد آخر ان يذبح شاة لغيره ، او ان يحفر باباً في حائط الغير ، او بئراً في ارض الغير ، وفعل المأمور ما أمر به ، وهو يظن صحة الامر ويعتقد ان الشاة والحائط او الارض للآمر ، فالضمان في ذلك ، وان كان على الاجير المأمور ، الا ان للضامن حق الرجوع على آمره بما دفع[٢] .

وايضاً لو استأجر أحد رجلا ليحفر له بئراً في الطريق في فِناء المستأجر ، فوقع فيها انسان ، فالضمان على المستأجر ، « لان له ولاية الانتفاع بفنائه » . واذا كان الحفر في الطريق العامة ، وكان الاجير عالماً بذلك ، فالضمان عليه لا على الآمر[٣] .

ومثله « لو أمر (احد) اجيره برش الماء في فناء دكانه فرش ، فما تولد منه فضمانه على الآمر . وان بغير امره فالضمان على الراش » .

ففي كل هذه الامثلة ، وما اليها ، كان الضمان على الآمر لانه هو الذي ينتفع بعمل الاجير ، فكان الغرم بالغنم . فعليه لو أمر احد آخر ان يتوضأ في الطريق ، وعطب انسان بماء الوضوء ، فالضمان على المتوضيء لان منفعة الوضوء له ، ولا شيء على الآمر لعدم الانتفاع به[٤] .

---

(١) الموطأ وشرحه للزرقاني ، ج ٤ رقم ٥١٤ .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ١٠٨) ، والمغني (ج ٩ ص ٥٧٠) .

(٣) البدائع (ج ٧ ص ٢٧٧) ، ومجمع الضمانات (ص ١٧٨) .

(٤) كتاب الخراج (ص ٩٦) ، ورد المحتار (ج ٥ ص١٨٧) ، والفتاوى الخانية (بهامش الهندية ، ج ٢ ص ٣٦٩) ، ومجمع الضمانات (ص ١٥٩) .

وتوجد ايضاً امثلة اخرى يكون فيها سبب تضمين الآمر عدم معرفة الاجير او عدم ظهوره . مثلاً لو استأجر أحد أجيراً ، فحفر له بئراً في الطريق العامة بغير اذن السلطان، فوقع فيها رجل ومات،« فالقياس أن يكون الضمان على الاجير »، ولكن أبا يوسف قال استحساناً بايجاب الضمان على عاقلة المستأجر لعدم معرفة الاجير [١] .

وبمعناه أيضاً ، لو أمر أحد فعلة لبناء دكان أو لاخراج جناح أو غيره ، فعطب بذلك إنسان بعد فراغ العمل ، فالضمان على الآمر استحساناً [٢] .

واخيراً يعتبر فعل الاجير في كل الصنائع مضافاً لاستاذه ، فما أتلفه الاجير يضمنه الاستاذ ، إذ « أنه يصير نائباً عنه كأنه فعله بنفسه » . إلا إذا تعمد الاجير الفساد والضرر ، فحينئذ يضمنه هو لا الاستاذ [٣] .

وعلى الجملة ، فمن كل ما تقدم نرى أن الشرع الاسلامي ، وإن كان قد أثبت التبعة الفردية مبدئياً ، إلا أنه أقرّ أيضاً لهذا المبدأ مستثنيات يكون فيها المرء مسؤولاً عن عمل غيره ، وذلك في أحوال الاكراه ، والامر المجبر الصادر عن السلطان ، وشبه الاكراه في جناية الصبي أو العبد المأمور ، وفي احوال الاجير الذي يعمل عملاً لا يعلم هو بتحريمه ثم يكون نفعه للمستأجر وحده ، وفي احوال اخرى من نظيراتها .

---

(١) الخراج ، في الموضع المذكور .

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١٧٨ .

(٣) الاختيار شرح المختار للموصلي (ج ١ ص ٢٢٦) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٥١٣) .

الفصل الثاني

التبعة الناجمة عن فعل الحيوان

جناية الحيوان

الناس والأشياء هما قسمان كبيران ، لكل منهما احكامه القانونية الخاصة . فالناس وما ألحق بهم من الاشخاص المعنويين كالشركات والدولة وما أشبه ، لهم وحدهم الحقوق ، وعليهم وحدهم الواجبات .

أما الاشياء ، فلا يتصور ان تكون لها حقوق او ان تكون عليها واجبات . بل انما هي نفسها موضوع للحقوق والواجبات التي تكون للناس والاشخاص ، ومحل تمارس فيه .

وما الحيوانات والبهائم إلا ضرب من الأشياء ، ومن الطبيعي أن تكون كباقي الأشياء لا تكتسب حقاً ولا تتحمل واجباً . ولم نكن لنردّد هذا الأمر البديهي الواضح لو لم نجد ما يناقضه في بعض الشرائع القديمة .

ففي الشريعة الموسوية وغيرها ، كانت الحيوانات إذا أتلفت نفساً أو شيئاً تحاكم كالمجرمين من بني الانسان ، كأنها مسؤولة عن أعمالها وعما ينتج من ذلك من الواجبات .

فقد جاء في العهد القديم : « إذا نطح ثور رجلاً أو امرأة فمات ، يرجم الثور ولا يؤكل لحمه ... أو إذا نطح إبناً أو نطح ابنة ، فبحسب هذا الحكم يفعل به »[1] .

وكذلك جاء في قوانين افلاطون : « إذا تسببت دابة أو حيوان آخر بموت أحد فاهل القتيل يداعونه بالقتل ، ويحاكمه حراس البلد . ثم يذبحونه بعد الحكم عليه »

---

(١) الخروج ٢١ (٢٨ و ٣١) .

ويطرحونه خارج الحدود »[١] .

على ان هذا لم يدم طويلا . فالشريعـــة الاسلامية والقوانين الحديثة جميعاً لا ترى الحيوانات الا أشياء لا مسؤولية لها ، ولا توجب المسؤولية الا على صاحبها أو حارسها في بعض الاحيان ، وبشروط نبينها قريباً .

ولقد يقال احيانا ان للحيوان حقوقاً ، كما تنادي بذلك جميعات الرفق بالحيوان اليوم . ولقد يفهم لأول وهلة ان هذا مخالف لما اثبتناه من ان الحقوق لا تكون إلا للانسان دون الجماد والحيوان . ولكن هذا هو الظاهر المحض ، والحقيقـــة بعكسه . وهاك بيان ذلك .

لا مِرية في ان معظم القوانين الحديثة تمنع معاملة الحيوان القاسية ، وتعاقب من يعذبه او يقسو في تأديبه . ولكن هذا في الواقع ليس حقاً للحيوان ، بل هو حق المجتمع الذي لا يسمح بالاعمال العلنية الشاذة ، ولا بالمظاهر الوحشية المؤلمة [٢] .

وشبيه بذلك ما جاء في الشريعة الاسلامية بانه لا يجوز لأحد ان يضرب الحيوان على وجهه ، ولا ان يؤدبه على الكبوة والعثار ، وبأن للقاضي ان يمنع هذه القسوة وان يعزر فاعلها . ولقد روي ايضاً عن عمر بن الخطاب انه كان يضرب من يحمل دابته ما لا تطيق [٣] . ويفسّر ذلك من دون شك ما نعرفه من المزاج في الشريعة بين الدين والاخلاق والقضاء ، وما كان بنتيجة هذا المزاج من تداخل وتأثير .

الضمان الناتج عن فعل الحيوان في النظرية العصرية

بعـــد ان نفينا المسؤولية عن الحيوان نفسه فيما يجنيه من الضرر ، لا بد من النظر في مسألة الضمان الواجب في ذلك على صاحبه او على حارسه .

ففي القوانين العصرية ، لا شكّ في ان صاحب الحيوان أو حارسه ، إذا ثبت خطؤه بالمعنى الذي درسناه في الباب السابق ، يكون مسؤولا عن الضرر الناشيء عن فعل حيوانه .

---

(١) كما نقله سالموند في كتابه « Jurisprudence » (علم الحقوق) ، ص ٤٣١ .

(٢) انظر القانون الفرنسي الصادر في ٢ تموز سنة ١٨٥٠ ، وكتاب غارو (الموجز في قانون الجزاء رقم ٣٨) ، وكتاب هاريس (قانون الجزاء الانكليزي ص ٢٦٤) ، والمواد ٧٦١ — ٧٦٣ من قانون العقوبات اللبناني المتعلقة بمعاقبة من يسيء معاملة الحيوانات .

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية (ج ٢ ص ٣٧٩)، ورسالة الشيخ محمد سليمان المذكورة(ص٢٨).

وكذلك في بعض القوانين ايضاً لا يشترط اثبات الخطأ للضمان . مثاله ورد في القانون المدني الفرنسي انه « يسأل صاحب الحيوان ، أو من يستعمله في مدة استعماله له ، عن الضرر الذي يحدثه الحيوان ، سواء أكان في حراسته أم كان قد ضلّ أو هرب » [١] . وبمعناه نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على « ان حارس الحيوان مسؤول عن ضرر حيوانه ، وان يكن قد ضلّ أو هرب ... » (المادة ١٢٩) .

وانت ترى ان هذه التبعة التي تقع على الحارس هي تبعة مادّية محضة من نوع المخاطرة التي لا تشترط الخطأ [٢] . أو هي مبنية على اعتبار ان الحراسة تقتضي حفظ الحيوان ، وان جناية الحيوان تفترض خطأ الحارس بالقرينة القانونية [٣] . وبناء على هذه التبعة المادية جاء في القانون اللبناني انه « ... لا ترفع التبعة عن الحارس الا اذا أقام الدليل على قوة قاهرة أو على خطأ ارتكبه المتضرر » (المادة ١٢٩) ، اي اذا نفى هذه القرينة ليس باثبات عدم خطئه هو فحسب ، بل باثبات خطأ المتضرر أو القوة القاهرة ايضاً .

وبكلمة أخرى ، أصبحت التبعة الجرمية وشبه الجرمية الناشئة عن فعل الحيوانات ، أو عن الجوامد كما سنرى في الفصل القادم ، مبنية في القانون اللبناني على فكرة وجوب الحراسة . فتكون تبعة المالك أو الحارس مستمدة من القانون مباشرة بقطع النظر عن كل خطأ يرتكبه [٤] .

موقف الشريعة الاسلامية

« جناية العَجْماء جُبَار » ، قاعدة من القواعد الكلية في مجامع الحقائق [٥] وفي مجلة الاحكام العدلية (المادة ٩٤) . ومعنى العَجماء البهيمة التي لا تتكلم ، ومعنى جُبَار هدر . فيكون معنى القاعدة الحرفي إذاً أن جناية الحيوان لا ضمان فيها .

وأن هذه القاعدة مبنية على الحديث الشريف : « العجماء جُبار أو جُرحها

---

(١) المادة ١٣٨٥ منه . يقابلها في القانون المدني الالماني المادتان ٨٣٣ و ٨٣٤ .

(٢) كما في كتاب جوسران المذكور ، ج ٢ رقم ٥٢٣ .

(٣) Présomption de faute . راجع كتاب كولان وكابيتان المذكور ، ج ٢ ص ٩٧ .

(٤) انظر تقرير نائب رئيس اللجنة الاستشارية التشريعية اللبنانية المؤرخ في ٣١ كانون الاول ١٩٣٠ .

(٥) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣١٨ .

جبار ... » . وهو حديث صحيح روي في الصحيحين البخاري ومسلم ، وفي كتب السنن الأربعة ، وفي موطأ مالك ، وفي اختلاف الحديث للشافعي ، وفي مسند أحمد بن حنبل ، وفي مصابيح السنّة للبغوي ، وفي الكبير للطبراني ، وفي غيرها من الكتب المعتبرة [١] . ونحن لا نرى بعد هذا ما يسمح بأدنى الريب في صحته ولا بأقل التردّد في قبوله [٢] .

على أنه ينبغي ألاّ تؤخذ هذه القاعدة على علاّتها ، وألاّ يستنتج منها ان الأصل في الشرع الاسلامي عدم الضمان في جناية الحيوان . بل يجب ان تخصّص هذه القاعدة بأحوال عدم التعدّي وعدم التعمد بالمعنى الذي عرّفناه ، وينبغي ان يضاف اليها ويفهم منها ان فعل الحيوان المضرّ كفعل الانسان نفسه لا يكون سبباً للضمان إلا بشرط وجود التعدّي ووجود الخطأ اللازم في جميع احوال الاضرار تسبباً .

وهذا يعيدنا الى نفس الشروط العامة المطلوبة في المسؤولية الجرمية . فيكون القول بعد هذا بان الأصل عدم الضمان في جناية الحيوان مغلوطاً ، كما لو قيل ان الاصل عدم الضمان في جناية الانسان .

واذا كان في بعض المسائل التي درسها الحنفيون او بعض المتأخرين منهم ما يحمل على عكس ذلك ، ففي كثير من المذاهب ما يؤيد ما قلناه سابقاً بصراحة ومن دون مراء ولا تردد . ونحن نكرر هنا ما اثبتناه قبل الآن ان الخلاف بين المذاهب في المسائل الفرعية ، التي استعرضت في جناية الحيوان ، ليس الا خلافاً في الفروع ، والقضايا الخاصة ، شبيهاً بما نشاهده اليوم في اجتهاد المحاكم من خلاف وتناقض وتباين .

---

(١) انظر البخاري وشرحه لبدر الدين بن العيني (ج ٩ ص ١٠١) ، وصحيح مسلم وشرحه للنووي (ج ١١ ص ٢٢٥) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٥٩٣) ، ومصابيح السنة للبغوي (ج ٢ ص ٥٥) ، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك (ج ٢ ص ١٩١) ، واختلاف الحديث للشافعي (بهامش الام ، ج ٧ ص ٤٠٠) ، ونيل الاوطار للشوكاني (ج ٤ ص ١٢٥ ، وج ٥ ص ٢٧٤) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٥٦٧٦) .

(٢) على الرغم من ذلك ، شك الاستاذ اميل تيان في صحة هذا الحديث . ثم انه في تفسيره استنتج بان الاصل في جناية الحيوان عدم الضمان ، وانتقد بعض المستشرقين الذين خالفوه في ذلك . (راجع اطروحته المذكورة ، ص ٢٣٩ وهامشها و ص ٢٥١) . وعلى كل حال ، فنحن نرى غير رأي حضرة المؤلف ، كما سنوضح في هذا الفصل .

ولكي لا نتهم بالمبالغة والتسرع ، لا نرى بداً من تبيان بعض الادلة التي استندنا اليها فيما قدمناه . فقد جاء في الحديث الشريف ايضاً : « من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين او في سوق من اسواقهم فاوطأت بيد او رجل فهو ضامن »[١]. وروي عن النبي (ص) انه قضى على اهل الاموال حفظها بالنهار وعلى اهل المواشي حفظها بالليل ، وان ما افسدت المواشي بالليل ضامن على اهلها[٢] .

وعلى الجملة ، فقاعدة « جناية العجماء جبار » قاعدة مخصصة مقيدة . وهي معطوفة على غيرها من القواعد والاحاديث . وحاصلها جميعاً يدل ، كما قال الشافعي ، « على ان ما اصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار ، وفي حال غير جبار .. وفي هذا دليل على انه اذا كان على اهل العجماء حفظها ضمنوا ما اصابت ، فاذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئاً مما اصابت »[٣] . ومعنى القاعدة اذاً عند جمهور الفقهاء هو « ان جناية البهائم غير مضمونة ، ولكن المراد اذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا فرّط مالكها في حفظها حيث يجب عليه الحفظ »[٤] . أضف الى هذا ان الحنفيين أنفسهم فسروا كلمة العجماء في قاعدة « جناية العجماء جبار » بمعنى الدابة المنفلتة وحدها كما سنرى مفصّلا[٥] .

فكل ذلك وما اليه يدل على ان الاصل في الشرع الاسلامي الضمان في جناية الحيوان بشروط معلومة ، وبالتالي عدم الضمان عند فقدان احد هذه الشروط . على ان تطبيق هذه القاعدة ، ومعرفة مواضع وجوب حفظ الحيوان على صاحبه وعدم وجوبه ، ومن ثم معرفة مواضع الضمان وعدمه ، كل هـذا كان ميداناً للاجتهاد والاختلاف في المذاهب ، ولكنه اختلاف في الفروع لا في المبادىء ، او قلْ هو اختلاف في تطبيق القاعدة على القضايا العملية ليس الا .

---

(١) اخرجه الدارقطني والبيهقي ، كما جاء في نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) رواه مالك والشافعي واحمد وابو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني وغيرهم . انظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٦٩ و ٣٥٧٠) ، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك (ج ٢ ص ١٢٣) ، واختلاف الحديث (في الموضع المذكور) ، ونيل الاوطار (في الموضع المذكور) .

(٣) اختلاف الحديث (بهامش الام ج ٧ ص ٤٠٢) .

(٤) نيل الاوطار ، في الموضع المذكور .

(٥) المبسوط ، ج ٢٦ ص ١٩٢ .

شروط الضمان

اطلق الفقهاء كلمة جناية الحيوان على ما يحدثه الحيوان من ضرر في النفس او المال . وبهذا المعنى نستعملها نحن ايضاً في هذا المعرض .

وان شروط الضمان في جناية البهائم هي بوجه عام ذات الشروط التي أتينا على ذكرها في مسؤولية الانسان عـــن عمل نفسه . وهذا ، وان لم يذكره الفقهاء صراحة ، الا انه يستنتج من الامثلة والمسائل التي استعرضوها .

فاذن يشترط وجود العمل الضار ، والتعدّي ، وعلاقـة المباشرة او التسبب ، والتعمد في الاضرار تسبباً . ولا بأس بكلمة تفسّر تطبيق هذه الشروط .

أولا ــ العمل الضار

واضح ان لا ضمان حيث لا ضرر . فلا حـــاجة في ذلك إذاً إلى الايضاح والتكرار .

ثانياً ــ التعدي

يجب في العمل الضار ان يكون بدون حق ، أي ان يجاوز حق الغير أو حق العامة . فعليه لا ضمان عند عدم التعدّي .

مثاله في المجلة : « لا يضمن صاحب الدابة التي اضرّت بيديها أو ذيلها أو رجلها ، حال كونها في ملكه ، راكباً كان أو لم يكن » (المادة ٩٣٠) . وكذلك « إذا ادخل احد دابته في ملك غيره باذنه ، فلا يضمن جنايتها في الصور التي ذكرت في المادة آنفاً ، حيث انها تعدّ كالكائنة في ملكه . وان كان ادخلها بدون اذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال ، يعني حال كونه راكباً أو سائقاً أو قائداً أو موجوداً عندها أو غير موجود ....» (المادة ٩٣١) .

وأيضاً : « لو اتلفت الدابة ، التي كانت قد ربطها صاحبها في ملكه ، دابة غيره ، التي أتى بها صاحبها وربطهـا في ملك ذلك بلا اذنه ، لا يلزم الضمان . واذا اتلفت الدابة دابة صاحب الملك ، فيضمن صاحبها » (المادة ٩٣٨) . وسبب هذا التفريق ان عمل الاول أي ربط الدابة في ملك نفسه جائز ، بخلاف العمل الثاني ، أي ربطها

في ملك الغير ، فهو تعدٍّ موجب للضمان .

ومثله أخيراً : « اذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه ، فاتلفت احدى الدابتين الاخرى ، فلا يلزم الضمان . مثلاً لو اتلفت دابة احد الشريكين في دارٍ دابةَ الآخر ، عندما ربطاهما في تلك الدار ، لا يلزم الضمان » (المادة ٩٣٩) .

ثالثاً — المباشرة والتسبب

ان جناية الحيوان ، وان كانت مباشرة بالقياس الى الحيوان الذي لا يكون مسؤولاً هو ابداً ، الا انها تكون عادة تسبباً بالقياس الى صاحبها أو راكبها .

على انها تكون احياناً مباشرة بالقياس الى راكبها ايضاً ، كما في جناية الدابة المركوبة غير الجموح . ففي المجلة « لو داست دابة مركوبة لاحد على شيء بيدها أو رجلها ، في ملكه أو في ملك الغير ، واتلفته ، يعدّ الراكب قد اتلف ذلك الشيء مباشرة ، فيضمن على كل حال » (المادة ٩٣٦) .

وتفسير ذلك ان التلف حصل بثقل الراكب وثقل الدابة . « الا ان الدابة آلة له ، فكان الاثر الحاصل بفعله مضافاً اليه » ، وكان هو من ثم متلفاً بالمباشرة [١] .

وكذلك قال الشافعي ان قائد الدابة وسائقها ، وراكبها ، اذا حملها على ان تطأ شيئاً يضمن ، « لان وطأها من فعله ، فتكون حينئذ كاداة من اداته جنى بها » [٢]

وان الضمان لا يكون الا في المباشرة أو التسبب . فعليه لا ضمان عند عدم المباشرة أو التسبب . لذا قالت المجلة : « الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه ، لا يضمنه صاحبه ... » (المادة ٩٢٩) ، الا إذا رآه وسكت ، أو كان مفرّطاً في حفظه كما سنرى . مثاله قال قاضيخان « اذا أكلت هرة رجل دجاجة غيره ، لا يضمن صاحب الهرة » [٣] ، إلا في احوال سنبيّنها .

رابعاً — التعمد في التسبب

قلنا ان المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ، وقلنا ان التعمد معناه الخطأ الناتج عن

---

(١) البدائع ، ج ٧ ص ٢٨١ .

(٢) الام ، ج ٧ ص ١٣٨ .

(٣) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ص ٢٨٢ (بهامش الهندية) .

القصد أو التقصير او عدم التحرز ، وقلنا ان لا ضمان عند عدم التعمد . فهذا كله يجري حكمه ايضاً في جناية الحيوان .

ومثل من المجلة يوضح ذلك . ففيها « لو كانت الدابة جموحاً ، ولم يقدر الراكب على ضبطها ، واضرت لا يلزم الضمان » (المادة ٩٣٧) . وسببه « ان الراكب عند الغلبة انقطع تسييره » . ويشترط ان يثبت الراكب عجزه عن ضبط الدابة . فعليه يضمن الراكب ان لم يثبت ذلك ، او إن تبين انه هو المحرك للدابة على الجموح . وروي عن ابراهيم النخعي انه خالف في هذه المسألة ، وقال بان من جمح به فرسه فقتل انساناً يكون ضامناً ، كما لو رمى بسهمه طائراً فأصاب رجلاً فقتله [١] .

وبعد ، فنحن نذكر الآن بعضاً من الامثلة في القصد والتقصير وعدم التحرز ، مع اختلاف المذاهب فيها ، ثم نبحث بعد ذلك بايجاز في مسألة من يلزمه الضمان . ولا بدّ من التنبيه مرة أخرى الى أمر وهو ان هـــذا التقسيم بوجه عام ليس من ترتيب الفقهاء المسلمين ، بل هو تقسيم حديث اتخذناه لاجـــل جمع المسائل والامثلة المتنوعة وتسهيل درسها وتفهّمها ، والاستدلال على العلل المبنية عليها ، ثم مقارنتها بما يقابلها من النظريات العصرية .

احوال القصد

ان أحوال القصد في جناية الحيوان ، كما في جناية الانسان ، واضحة لا خلاف فيها ولا غموض . فلذا لا مجال لاطالة الكلام فيها .

ومن أهم امثلة ذلك ما لو أغرى او أشلى احد كلبه على انسان او على حيوان فعقره ، فالضمان على المغري عند ابي يوسف وجمهور الفقهاء ، خلافاً لابي حنيفة .

وكذلك لو القى احد هرة الى حمامة او دجاجة فأكلتهـــا من رميه ، ضمن الملقي .

واخيراً ايضـــاً لو أرسل احد بهيمة فأصابت في فورها شيئاً ، كان المرسل ضامناً [٢] .

---

(١) الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٢٠٥) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١١٠ بآخره) .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٨) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١١١) ، والفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٤٠١ بهامش الهندية) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٢٨٢ و ٤٩٤ بهامش الهندية) .

احوال عدم التحرز

تحت هذه الفئة تندرج احوال ومسائل مختلفة متنوعة يجمعها جامع واحد، وهو ان صاحب الحيوان او واضع اليد عليه بقصد الى فعل في الحيوان دون ان يقصد الى ما يحدثه الحيوان من الضرر بسببه، ولكن هذا الضرر يمكن الاحتراز منه والتبصر فيه . وهاك أهم أمثلة ذلك : —

اولاً — لو القى أحد حية على قارعة الطريق فلذعت انساناً او حيواناً، ضمن الملقي [1] . فالقاء الحية عمل مقصود، ولكن اللذع وان لم يكن مقصوداً ايضاً بحد ذاته، الا انه نتيجة منتظرة من القاء الحية على الطريق، وكان بالامكان حسبان هذه النتيجة والتحرز منها .

ثانياً — لو نخس احد دابة فنفحت انساناً في فورها، او نفرت وصدمت رجلاً، فالضمان على الناخس، لأنه قصَدَ النخس ولم يحترز مما ينتج منه، ولأن الضرر الحاصل تولد من عمله، فكان هو إذاً متسبباً به [2] .

ثالثاً — من أمثلة اضرار الحيوانات بسبب عدم تحرز اصحابها او حراسها ما جاء في المجلة عن توقيف الدواب في الطريق العام، او في محل آخر ليس فيه حق التوقيف .

قالت المجلة : — « ليس لأحد حق توقيف دابته او ربطها في الطريق العام . بناء عليه، لو وقف او ربط احد دابته في الطريق العام، يضمن جنايتها على كل حال، سواء رفست بيدها او رجلها، أو جنت بسائر الوجوه . واما المحال التي اعدت لتوقيف الدواب، كسوق الدواب ومحل وقف دواب الكراء، فمستثناة » (المادة ٩٣٤) .

وهذا الحكم، كما ترى، يستند الى الحديث الشريف الذي ذكرناه ونصه : « من وقّف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من اسواقهم، فاوطأت بيد او رجل، فهو ضامن » .

وشبيه بذلك ما في المجلة ايضاً : « لو ربط اثنان دابتيهما في محل، ليس لهما فيه

---

(١) جامع الفصولين (ج٢ ص ١١٨) ، والفتاوى الخانية (ج٣ ص ٤٩٤ بهامش الهندية) .
(٢) المبسوط (ج٢٧ ص٢) ، والهداية (ج٤ ص١٦٤) ، والروض المربع (ج٢ص ١١٨) .

حق رباط حيـــوان ، واتلفت دابة الرابط اولاً دابة الرابط مؤخراً ، لا يلزم الضمان . واذا كان الامر بالعكس ، فيلزم الضمان » (المادة ٩٤٠) [١] .

رابعاً — نذكر اخيراً احكام جناية الحيوان اذا كان معه سائق أو راكب أو قائد . فلقد مرّت معنا حالة الدابة المركوبة غير الجموح وجنايتها في ملك راكبها أو في ملك الغير . ولكن ما الحكم اذا كان ذلك في الطريق العام ؟

معلوم ان لكل امرىء حق المرور في الطريق العام ، بشرط مراعاة حق الغير ايضاً والاحتراز من الاضرار به . غـــير ان الفقهاء اختلفوا في مواضع وجوب الاحتراز وعدمه ، وفي مقياس هذا الاحتراز ومواضع الضمان في ذلك .

ففي هذه المسألة نصّت المجلة على ان « لكل احد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه . بناء عليه ، لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسار اللذين لا يمكن التحرز عنهما . مثلاً لو انتشر من رِجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخرة ، أو لطمت بذيلها واضرّت ، لا يلزم الضمان . ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها أو لطمة يدها أو رأسها » (المادة ٩٣٢) . « والقائد والسائق في الطريق العام كالراكب ، يعني لا يضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر » (المادة ٩٣٣) .

وخلاصة المذهب الحنفي اذاً هي ان راكب الدابة او سائقها اوقائدها مسؤول عما تتلفه بالمصادمة او بيدهـا او فمها او رأسها ، وانه غير مسؤول عما تتلفه بالرجل او بالذيل . وهذا الرأي الوسط قال به ايضاً احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه .

وقد علل اصحاب هذا المذهب التفصيل الذي قدمنـاه بانه يمكن الاحتراز من جانب مقدمة الدابة لا من جهة مؤخرتها ، واستندوا ايضاً الى الحـــديث الشريف « الرِجل جُبار » [٢] ، اي ان جناية رِجل الدابة لا ضمان فيها ، ولكن هذا الحديث شكّ في صحته كثير من الفقهاء .

اما باقي الائمة ، فبعضهم كداود الظاهري قالوا بعدم الضمان في هذه الاحوال جميعاً ، وبعضهم كالشافعي وابن حنبل في الرواية الثانيـة عنه قالوا بوجوب الضمان

---

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١٢٠ .
(٢) رواه ابو داود السجستاني . انظر سننه ، ج ٤ رقم ٤٥٩٢ .

على الاطلاق . وقال مالك : « القائد والسائق والراكب كلهم ضامنون لما اصابت الدابة الا ان ترمح الدابة من غير ان يفعل بها شيء ترمح له »[١] .

وان رأي الشافعي كما ترى أقرب الى القوانين العصرية والى العقل والمنطق ، وأوفق للعدل ولحاجات الناس في الحياة الاجتماعية . وهو بدون شك يفترض عدم التحرز في جميع هذه الاحوال ، ولا يرى ما يوجب التفريق بين مقدمـــة الدابة ومؤخرتها ، كما فعل الحنفيون ومن ذهب مذهبهم .

احوال التقصير

ان التسبب بالتقصير ، كما نعلم ، يكون في الاحوال التي يهمل فيها الانسان اجراء أمر كان يجب اجراؤه ، او يفرط في حفظ شيء كان يجب حفظـه ، ثم ينتج من هذا الاهمال والتفريط ضرر للغـير . وان احوال التقصير في جناية الحيوان كثيرة ، ولكن قد اختلف فيها في المذاهب الاسلامية اختلافاً كبـيراً . وهاك بعضها : —

اولاً — رأينا ان الضرر الذي احدثه الحيوان بنفسه ، أي بدون مباشرة ولا تسبب من احد ، لا يضمنه صاحبه . « ولكن لو استهلك حيوان مال احـد ، ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن .. » (المادة ٩٢٩) .

وسبب مسؤولية صاحب الحيوان ههنا هو تقصيره في منع حيوانه من متابعـة الاضرار . وقد اتفق في هذا الحكم جمهور الفقهاء[٢] .

ثانياً — قالت المجلة : « من سيّب دابته في الطريق العام ، يضمن الضرر الذي احدثته » (المادة ٩٣٥) . وما تسييب الدابة إلا تركها واهمالها والتقصير في حفظها.

ثالثاً — الحيوانات الخطرة .

---

(١) انظر في هذه المسألة : المبسوط (ج ٢٧ ص ٢) ، والهـداية (ج ٤ ص ١٦٠) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٦ ص ١٤٩) ، والفتاوى الخانية (في الموضع المذكور) ، وشرح العيني على البخاري (ج ٩ ص ١٠٣) ، وشرح الزرقاني على موطأ مالك (ج ٤ ص ١٩٨ — ١٩٩) ، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٤) ، وبداية المجتهـد (ج ٢ ص ٢٤٥ — ٢٤٦) ، وكتاب الام (ج ٧ ص ١٣٨) ، والوجيـز (ج ٢ ص ١٨٦) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٥٨) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٧٨) .

(٢) الفروق للقرافي ، ج ٤ ص ١٨٦ .

من المعقول ان تتمايز الحيوانات في درجة خطرها ، وان تتفاوت من ثم درجة الحفظ المطلوبة فيها . ومن المعقول ان يكون واجب الحفظ في الحيوانات الخطرة اكثر منه في غيرها .

ولا شك إذاً في ان قاعدة « جناية العجماء جبار » لا يجري حكمها في بعض الحيوانات الخطرة ، كالكلب العقور ، والثور او الكبش النطوح ، والفرس الكدوم ، والجمل العضوض ، والاسد والنمر والذئب ، وما اليها . ففي هذه الفئة من الحيوانات ، اختلف الفقهاء واختلفت الروايات عنهم كثيراً .

فقد روي عن القاضي شريح ان سائلاً أتاه وقال : « اني دخلت دار قوم ، فعقرني كلبهم وخرق جرابي » . فأفتاه القاضي قائلاً : « ان كنت دخلت باذنهم ، فهم ضامنون. وان كنت دخلت بغير اذنهم ،فليس عليهم شيء » . وقال بذلك ايضاً بعض الفقهاء ، كالشعبي واحمد بن حنبل ، وحجتهم ان صاحب الحيوان فرّط باقتنائه فهو ضامن ، الا ان يدخل انسان داره بغير اذنه فلا ضمان فيه [1] .

وقال آخرون ، كالحنفيين واهل المذهب الظاهري وغيرهم ، انه لو دخل انسان دار رجل عنده كلب عقور أو دابة مؤذية ، باذنه او بغير اذنه ، فعقره الحيوان او أتلف ماله ، فلا ضمان على صاحب الدار .

الا ان الحنفيين اوجبوا الضمان في حالة الاشهاد على صاحب الحيوان وانذاره بالمحافظة على حيوانه الخطر . مثاله جاء في المجلة : « ... ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما اتلفاه ، اذا تقدم احد من اهل محلته او قريته ، بقوله حافظ على حيوانك ، ولم يحافظ عليه » (المادة ٩٢٩) [2] .

اما مالك واصحابه وأصحاب الشافعي فقد قالوا بتغريم صاحب الحيوانات الضارية او الخطرة ما اتلفته ان كان عالماً بانها مؤذية ، او ان كانت معروفة بالافساد، لان عليه في هذه الحال ربطها وحفظها [3] . ثم انه لو اتخذ احد كلباً عقوراً في

---

(١) المغني (ج١٠ص٣٥٨) ،والروض المربع(ج ٢ص١١٧) ، والمحلى (ج١١رقم ٢١١٠).

(٢) انظر ايضاً المحلى في الموضع المذكور ، والفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٢٠٦ — ٢٠٧)، والفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٤٠٦ بهامش الهندية) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٢٨٢ بهامش الهندية) .

(٣) انظر المحلى في الموضع المذكور ، وشرح النووي على صحيح مسلم (ج ١١ ص ٢٢٥) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٥٢).

موضع لا يجوز له اتخـاذه فهو ضامن لما جنى الكلب . ولكن اذا كان في موضع يسوغ اتخـاذه فما جناه الكلب لا يوجب مسؤولية صاحبه الا بعـد انذاره [١] .

رابعاً - جنـاية الحيوان العادي الذي لا يكون معـه سائق او قائد او راكب .

هل في هـذه الجناية تقصير من صاحب الحيوان وتسبب في الضرر الناشيء ؟ هذه مسألة اختلف فيها الفقهاء ايضاً .

فعند بعضهم ، كالحنفيين واتباع المذهب الظاهري ، لا ضمان على صاحب البهائم فيما جنته في مال أو دم ، ليلاً أو نهاراً على الاطلاق . فعليه نصّت المجلة والكتب الحنفية على انه لو انفلتت الدابة بنفسها ودخلت في ملك الغير ، واضرّت بزرعه او بشيء آخر ، فلا ضمان على صاحبها (المادة ٩٣١) ، الا ان يكون ذلك بارسالها من دون حافظ فيكون ضامناً .

اما باقي الائمة فقد فرقوا في اتلاف الزرع والاشجار ومـا اليها بين ما تحدثه البهائم منه بالنهار وما تحدثه بالليل . فقالوا بعدم الضمان فيما تتلفه نهاراً ، الا ان فرط الراعي في حفظها فالضمان في ذلك عليه . ولكن فيما تتلفـه البهائم ليلاً ، بعض الفقهـاء كمالك وابن حنبل قالوا بتضمين صاحبها مطلقاً ، والبعض الآخر كالشافعي اشترطوا لتضمينه ان يكون مفرّطاً في حفظها .

وقد استند جمهور الفقهـاء في هذا التفريق الى قضاء القاضي شريح به ، والى السنّة النبوية التي رويناها سابقاً . وهي ان النبي (ص) قضى ان على أهل الحوائط (البساتين) حفظها بالنهار ، وان على أهل المواشي حفظها بالليل ، وان عليهم ضمان ما افسدته ليلاً . وبعبارة اخرى ، يعتبر انفلات الحيوان ليـلاً دليلاً على التقصير والاهمال في حفظه ، فيعد ما يتلفه بعد ذلك مسبباً عن هذا التقصير ، وموجبـاً الضمان على صاحبه .

وأخيراً روي عن الليث وعطاء وسحنون انهم قالوا بتضمين صاحب المواشي ما افسدته ليلاً أو نهـاراً ، بدون تمييز . وهو قول ، كما ترى قريب من النظرية

---

(١) العقد المنظم للحكام (بهامش تبصرة الحكام) ، ج ٢ ص ٩٧ .

العصرية التي قدمنا [١] .

على من يجب الضمان في جناية الحيوان

بعد ان فهمنا الاحوال التي توجب الضمان في جناية الحيوان ، لا بدّ من معرفة الشخص الذي يقع عليه هذا الضمان .

فالجواب بوجه عام ان المسؤول ليس مالك الحيوان بصفته مالكاً ، بـل هو الشخص الذي تسبب بتعمده أو تقصيره أو بعـدم تحرزه في احداث الضرر سواء أكان هذا المتسبب هو المالك ام غيره .

مثاله لقد رأينا في احوال التسبب قصداً ، ان ملقي الحية او مغري الحيوان او مرسله هو المسؤول وان لم يكن مالكاً لهو كذلك يسأل في عدم التحرز ناخس الحيوان او مـن يوقفه في المحل الممنوع . وايضاً في جناية الحيوان المركوب أو المسير ،يكون الراكب او القائد أو السائق هو المسؤول ، وان كان غير مالك له .

وبصورة عامة ، كل من كان واضعاً يده على الحيوان ، سواء أكان مالكاً أم وكيلاً للمالك أم مستعيراً أم وديعاًأم مستأجراً أم راعياً أم أجيراًأم غاصباً، كل من هؤلاء يعتبر ضامناً لجناية الحيوان في الاحوال التي توجب ذلك،لان الضمان يجب باليد لا بالملك [٢] . ولا يكون المالك نفسه مسؤولاً الا بصفته راكبـاً او قائداً او سائقاً ، او واضعاً يده بصورة أخرى ، او مقصراً في حفظ الدابـة حيث الدابـة ينبغي حفظها .

واذا كان على الدابة راكبان مترادفان ، فالاصل ان يكون الضمان عـلى الراكب الاول ، لانه هو المتصرف ه القادر على كفها ، الا ان يكون الاول

---

(١) انظر في هذه المسألة : جامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٤) ، وتنقيح الفتاوى الحامديـة (ج ٢ ص ٢٩٩ و ٣٠١) ، وشرح العيني على البخاري (ج ٩ ص ١٠٢ — ١٠٣) ،ونيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٧٥) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦) ،وشرح الزرقاني على موطأ مالك (ج ٤ ص ٣٧) ، والفروق للقرافي (ج ٤ ص ١٨٦) ، والقوانـين الفقهية (ص ٣٣٣) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٨٦) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٥٦ ـ ٣٥٧) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٦٥) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٧٧) .

(٢) راجع المغني (ج ٥ ص ٤٥٥ — ٤٥٦) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٩) ، وشرح النووي على صحيح مسلم (ج ١١ ص ٢٢٥) .

منها صغيراً او مريضاً او نحوهما ويكون الثاني المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه »[1] أو ان يكون الراكب المؤخر مسبباً الضرر بحركته او بضربه الدابة فيكون الضمان عندئذ على الراكبين جميعاً[2].

أما اذا اجتمع القائد والسائق والراكب ، أو اذا اجتمع اثنان منهم ، ففي توزيع الضمان عليهم تفصيل وخلاف لا نرى مجالاً لسرده[3].

وبعد ، فنحن نستبين من هذا ان جناية الحيوان لا تكون عادة الا تسبباً ، وانه يشترط في هذا التسبب ، وجود التعمد او التقصير أو عدم الاحتراز ، وان التسبب يكون في الاصل من واضع اليد ، سواء أكان مالكاً أم لم يكن. ونستبين ايضاً ان وضع المسؤولية على واضع اليد في الشرع الاسلامي قريب من وضعها على الحارس في القوانين الحديثة ، لا سيما في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

---

(١) المغني ، ج ١٠ ص ٣٥٩.

(٢) المدونة الكبرى ، ج ١٦ ص ٢٤٤.

(٣) انظر المدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٧) ، والمغني في الموضع المذكور ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٨٠) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٤٩٥ بهامش الهندية).

الفصل الثالث

التبعة الناجمة عن الجوامد

المبدأ العام

ان ما قلناه في جنـــاية الحيوان والخلاف فيها بين النظرية العصرية والنظرية الاسلامية نجده الآن بوجه عام في الضرر الناشيء عن الأشياء الجامدة .

ففي القوانين الحديثة نلمس ان نظرية المخاطرة ، التي لا تشترط اثبات الخطأ ، أو التي تفترض وجوده افتراضاً ، تطبق على الجوامد . فيكون حارس هذه الأشياء مسؤولاً عما تسببه من الأضرار للغير .

مثلاً نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على « ان حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسؤولاً عن الاضرار التي تحدثها تلك الجوامد ، حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت ادارته أو مراقبتـــه الفعلية ، كالسيارة وقت السير أو الطيارة وقت طيرانها أو المصعد (الاسانسور) وقت استعماله . وتلك التبعـــة الوضعية لا تزول الا اذا أقام الحارس البرهان على وجـود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر . ولا يكفي ان يثبت الحارس انه لم يرتكب خطأ ... » [١] .

وفي القانون الانكليزي نرى نفس القاعـدة ايضاً ، ولكن في الضرر الحاصل من الأشياء الخطرة فقط . وتسمّى هـــذه القاعدة بقاعدة قضية رايلاندس على فلاتشر [٢] . وهي قضية صدر حكمها عام ١٨٦٨ واثبت مبدأ عاماً مآله : ان من وضع في ملكه شيئاً شديد الخطر ، كان مسؤولا عن الضرر الناشيء منه ، وان لم

(١) المادة ١٣١ منه ، المعـدلة بالمرسوم الاشتراعي عدد ٥١ المؤرخ في ٥ تشرين الثاني سنة ١٩٣٢ .

(٢) Rylands v. Fletcher , L. R. 3 H. L. 330 .

يكن واضعه مهملاً .

أما الشرع الاسلامي ، فانه لم يقر مبدأ المسؤولية على هذا النحو، بل اعتبر ان الاشياء لا يمكن ان توجب مسؤولية ما ، الا في حالة التسبب بالمعنى والشروط التي مرّت معنا .

فهنا نرى ما رأيناه في جناية الحيوان ، ونرى ذلك تتمة لنفس الحديث الشريف الذي مرّ سابقاً في ذلك المعرض . وهو « العجماء جُبار ، والبئر جُبار ، والمعدِن جُبار . . » . ومن أمثلته المنقولة عن شروحه انه لو حفر أحد بئراً او مَعدِناً في محل يجوز له فيه ذلك ، فسقط في البئر او المعدن شخص آخر ، فلا ضمان على الحافر . وكذلك لو استأجر أحـد من يحفر له بئراً في ملكه فانهارت عليه ، فلا ضمان على صاحبها[1] .

ولقد رأينا في الابواب السابقة امثلة من هذا كثيرة ، تتعلق بوضع الاشياء في الطريق العام ومسؤولية واضعها عن الضرر الذي تحدثه ، وتتعلق باصطدام السفن وما أشبه ، وبالمياه والنيران وغيرها . ولا مجال لاعادتها تكراراً في هذا المعرض . وهي جميعاً من مسائل الاضرار تسبباً ، التي تشترط للضمان وجود العمـد بمعناه المخصوص .

وانما نكتفي هنا بدرس مسائل الضرر الناجم عن الحيطان والابنيـة ، او عن وقوع بعض الاشياء المنقولة ، دون غيرها الذي هو من نوعها ، والذي يمكن معرفة حكمه بالقياس على ما ذكرنا او على ما نذكر ههنا .

الحيطان والابنية

« ان صاحب البناية مسؤول عن الضرر المسبّب عن انهدامها ، اذا حدث ذلك بنتيجة عدم التصليح اونتيجـة العيب في بنائها » . هذا ما قاله القانون المـدني الفرنسي[2] .

وشبيه بهذا النص ما نجـده في الشريعة الاسلامية في فصل الحائط المائل وما

(١) شرح العيني على البخـاري (ج ٩ ص ١٠٢) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٢٢٦) .

(٢) المادة ١٣٨٦ منه . وتقابلها المادة ٨٣٦ من القانون المدني الالماني .

يحدثه انهدامه من الضرر .

فلا خلاف بين الفقهاء والمذاهب ان من بنى حائطاً مائلاً الى الطريق او الى ملك الغير ابتداءً ، أي مائلاً من وقت بنائه ، يكون مسؤولاً عما يحدثه سقوط هذا الحائط من الضرر .

ويفسر ذلك ان البناء كان فيه عيب منذ الابتداء ، وكان فيه تعدٍّ على حقوق الآخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه . فليس لأحد ان ينتفع «بالبناء في هواء ملك غيره او هواء مشترك (ولان) يعرضه للوقوع في غير ملكه ، فاشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به » [١] .

ويجري هذا الحكم بوجه عام على جميع الابنية المائلة او الخارجة الى الطريق ، كاشراع الجناح ، اي « اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه » ، ونحوه [٢] .

أما لو بنى احد حائطاً مستقيماً ، ثم مال بعد حين ، فهل يضمن صاحبه ما يحصل من الضرر بسقوطه ؟ في هذه المسألة ، اختلف الفقهاء وذهبوا مذاهب ثلاثة .

فالمذهب الاول يقول بعدم الضمان في جميع الاحوال ، اي سواءٌ طولب صاحب الحائط بهدمه ام لم يطالب به . وهو قول الامام الشافعي وابي سعيد الاصطخري . وسبب عدم الضمان ان صاحب الحائط « بناه في ملكه ووقع من غير فعله ، فاشبه اذا وقع من غير ميل » [٣] .

والمذهب الثاني يقول بمسؤولية صاحب الحائط المائل عما يتلفه بسقوطه في جميع الاحوال حتى وان لم يطالب بنقضه او هدمه . وقد قال بذلك ابن ابي ليلى وابي ثور واسحاق وبعض اصحاب الامام ابن حنبل . وحجتهم هي ان صاحب الحائط « متعدٍّ بتركه مائلاً ، فضمن ما تلف به ، كما لو بناه مائلاً الى ذلك ابتداء » [٤] .

وبين هذين المذهبين مذهب ثالث وسط ، وهو مذهب جمهور الفقهاء . فقد روي هذا المذهب عن الامام علي بن ابي طالب وعن القاضي شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين . وقال به الامام مالك واصحاب الامام ابن حنبل في

---

(١) المغني ، ج ٩ ص ٥٧١ .

(٢) درر الحكام (ج٢ ص ١١١) ، والوجيز (ج ٢ ص ١٥٠) .

(٣) المهذب ، ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٤) المغني ، ج ٩ ص ٥٧٢ .

القول المختار . اما الحنفيون فقد اخذوا به استحساناً ، خلافاً للقياس الذي يقضي بعدم الضمان مطلقاً كالمذهب الاول [١] .

ويشترط هذا المذهب الثالث لاجل الضمان في هذه المسألة ان يتقدم احد اصحاب العلاقة ويطالب المالك بهدم الحائط قبل سقوطه. فعليه لو سقط الحائط قبل المطالبة، واتلف إنساناً أو مالاً أو أضرّ بهما ، فلا ضمان على مالكه .

ويقال للمطالبة في الاصطلاح التقدّم . وتعريفه في المجلة : « التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وازالته قبل وقوعه » (المادة ٨٨٩) . ويشترط في التقدم ان يسبق السقوط بوقت كاف للهدم ، وان يكون صادراً ممن له هـذا الحق . ويشترط احتياطاً الاشهاد على هذا التقدم ، حتى اذا انكره صاحب الحائط امكن اثباته بالشهود .

واليك تفصيل ذلك ، كما جاء في المجلة : « لو سقط حائط احد واورث غيره ضرراً ، لا يلزم الضمان . ولكن لو كان الحائط مائلاً الى الانهدام أولاً ، وكان قد نبّه عليه احد ، وتقدّم بقوله (اهدم حائطك) ، وكان مضى وقت يمكن هـدم الحائط فيه ، يلزم الضمان . ولكن يشترط ان يكون المنبّه من اصحاب حق التقدم والتنبيه . أي اذا كان الحائط سقط على دار الجيران ، فيلزم ان يكون الذي تقـدم من سكان تلك الدار ، ولا يفيد تقدم أحـد من الخارج وتنبيهه . واذا كان قد انهدم على الطريق الخاص ، فيلزم ان يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق . وان كان الانهـدام على الطريق العام ، فلكل أحد حق التقدم » (المادة ٩٢٨) .

واذا كان حق التقدم محصوراً بشخص أو أشخاص معينين ، بان كان الحائط مائلا الى ملكهم أو الى الطريق الخاص بهم ، فلهؤلاء بعد مطالبة المالك بالهدم ان يمهلوه أو ان يسقطوا حقهم في ذلك . ولكن هذا التأخير والاسقاط لا يجوزان في حالة ميل الحائط الى الطريق العام ، لان حق التقدم فيه عام ايضاً [٢] .

---

(١) المبسوط (ج ٢٧ ص ٩) ، والمغني في الموضع المذكور ، والمدونة الكبرى (ج ١٦ ص ٢٤٧) ، والبحر (ج ٨ ص ٣٥٥) ، والهداية (ج٤ص ١٥٨) ، وفتح القدير على الهداية (ج ٨ ص ٣٤١) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٥٠٢ — ٥٠٦ بهامش الهندية) .

(٢) المبسوط (ج ٢٧ ص ١١) ، والمغني (ج ٩ ص ٥٧٤) ، والفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٤١٤ بهامش الهندية) .

وعلى كل حال ، فان الضمان عند وجوبه يقع على صاحب الحائط . فاذن يشترط في المذهب الثالث ان تتقدم المطالبة اليه هو ، و« لا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن ، لان ليس لهم ولاية النقض »[١] .

واذا كان الحائط مشتركاً بين عدة مالكين ، وتقدم التنبيه الى احدهم ، « فالقياس ان لا ضمان على احد منهم ، لان احد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بنائه » . ولكن في الاستحسان عند ابي حنيفة وفي الرأي السائد عند باقي الفقهاء ، يضمن من طولب بالنقض بحصة نصيبه مما احدثه الحائط ، لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريق المرافعة الى القاضي . اما الصاحبان ابو يوسف ومحمد فقالا بان على هذا الشريك ضمان نصف الضرر[٢] .

وكذلك حصل الخلاف بين الائمة في مسألة الضرر الناتج من عدم رفع انقاض الحائط المهدوم . « فلو طولب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى سقط (الحائط) الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به » ، فالضمان على صاحب الحائط عند محمد ابن الحسن ، ولكن لا ضمان عند ابي يوسف الا ان طولب ايضاً برفع النقض بعد سقوطه[٣] .

ولا بدّ من الاشارة اخيراً الى مسألة تشقق الحائط . فان كان التشقق لا يخشى منه السقوط فالحكم فيه كما في الحائط الصحيح . اما اذا كان يخشى منه الانهدام ، مثل ان تكون الشقوق بالعرض ، فحكمه حكم الحائط المائل ، لانه يخاف منه التلف ، فأشبه المائل[٤] .

وبعد ، فبالمقارنة بين هذه المذاهب في مسألة الحائط المائل ، اي الذي يميل وينهدم بعد بنائه ، نجد ان المذهب الاول الذي يقول بعدم الضمان مطلقاً ، ضعيف لا يوافق العدل ولا المصلحة . وان المذهب الثالث فيه تخفيف على اصحاب البنايات لانه لا يوجب مسؤوليتهم الا اذا كان تقصيرهم ظاهراً للعيان ومعروفاً الى حد يحمل الناس يوصونهم بالانتباه ومنع الضرر ، لان التقدم اليهم في هدم ما يخشى

(١) البدائع (ج ٧ ص ٢٨٤) ، والهداية (ج ٤ ص ١٥٩) .

(٢) الزيلعي على الكنز (ج ٦ ص ١٤٨) ، وفتح القدير (ج ٨ ص ٣٤٣) ، والمبسوط (ج ٢٧ ص ١٠) ، والمغني في الموضع المذكور .

(٣) البدائع والمهذب في الموضع المذكور .

(٤) المغني (ج ٩ ص ٥٧٤ — ٥٧٥) ، ومجمع الضمانات (ص ١٨٤) .

وقوعه « ينعدم به معنى العذر في حقهم ، وهو الجهل بميل الحائط »[١] .

اما المذهب الثاني الذي يوجب الضمان بدون مطالبة سابقة بالهدم ، فانه أشدّ المذاهب الاسلامية على اصحاب الابنية المخطرة . وهو يوجب عليهم هم الانتباه الى امورهم التي يخشى حصول الضرر منها ، لا تكليف الناس بالانتباه عنهم ومطالبتهم بازالة هذا الضرر .

فظاهر اذاً ان هذا المذهب ، الذي يقضي باعتبار ميل الحائط وما الحق به من تشقق وغيره تقصيراً بحدّ ذاته كافياً للمسؤولية ، ويرى في هذا التقصير تسبباً للضرر الناجم عن سقوطه ، هـذا المذهب بلا ريب أقرب المذاهب الاسلامية الى النظرية العصرية ، وأوفقها للمصلحة العامـــة . فهل من الاسهل ان يتيقظ المرء ويتبصر في اموره هو أم ان ينظر الغير الى ذلك وينبهوه اليه ؟ وهل ينبغي للناس لاجل حماية انفسهم من الاخطار ان يفتشوا عن مواضعها وان يأخذوا بالحيطة في ذلك؟ لا ريب في ان الانسان ، الذي هو اجتماعي بطبعـــه ، يلزمه ان يتصرف في حياته تصرفاً اجتماعياً يرعى فيه أموره بتبصّر وتيقظ ويحترز من الاضرار بغيره ما استطاع الى ذلك سبيلا .

وقوع بعض الاشياء المنقولة

لست أرى أن أكرر ما قلتـــه في التسبب بالاضرار من جراء وضع بعض الاشياء المنقولة ، كالقاء ما يزلق به في الطريق وما أشبه ، ولا ان أحيط بجميـــع أمثلة هـــذه الاشياء . بل انما اذكر مسألتين طريفتين وجدتهما في الكتب الفقهية وها همـــا :—

اولا — لو وضع أحد جرة أو حجراً على حائطه أو سطحه فرمته الريح عـلى انسان فقتله أو جرحه ، أو رمته على شيء فاتلفه ، فلا ضمان على واضعه ، لانـه لم يكن متعدّياً بوضعه في ملكه ، لان الوقوع حصل من غير فعله .

ولكن لو وضع ذلك متطرفاً فوق الطريق العام أو فوق ملك الغـــير ، فهو ضامن لما يحدثه وقوعه من الضرر لانه متعدّ في عمله ، كما لو بنى حائطاً مائلاً[٢] .

---

(١) المبسوط ، ج ٢٧ ص ٩ .

(٢) جامع الفصولين (ج٢ص١٢٢) ،والمهذب (ج ٢ ص٢٠٧) ،والمغني (ج ٩ص٥٧٧) .

ثانياً – ومسألة اخرى من كتب الحنفيين : « رجلان وضع كل منهما جرة في الطريق فتدحرجت احداهما على الاخرى ، فانكسرتا جميعاً ، يغرم كل منهما » ، عند ابي يوسف ، قيمة جرة الآخر .

ولكن لو تدحرجت احدى الجرتين فقط فاصابت الاخرى فانكسرتا جميعاً ، فالضمان على صاحب الجرة القائمة ، لانها بمنزلة حجر وضع في الطريق ولا ضمان على صاحب المتدحرجة ، لانها بعبارة ابن الحسن « حين تدحرجت عن موضعها تدحرج صاحبها عن الضمان » ، وزال حكم فعله [١] .

خاتمة في التصرفات الفعلية

لا مِراء في ان هذا البحث كان طويلاً بالقياس الى ما جـاء عنه في الكتب والقوانين التي تبنت النظرية العامة في المسؤولية الجرمية .

وكان الباعث على ذلك ما عرفناه من ان الشريعة الاسلامية لم تكن وليدة المبادىء النظرية والاستنتاج التحليلي ، بل كانت مبنية على القضايا العملية والخبرة والاستقراء . وهي لهذا السبب درست الجرائم المدنية ، كلاً على حدة ، كما نرى في الشريعة الانكليزية حتى اليوم .

ورغم ذلك ، فهذا الاسلوب الفقهي لم يمنعنا ولم يمنع الأئمة المسلمين من استخلاص القواعد العامة الأساسية ، التي تركز عليها احكام الجرائم على اختلاف انواعها .

ونحن نحسب اننا قد توفقنا الى اثبات انه يطلب للمسؤولية الجرمية في الشريعة الاسلامية بعض الشروط العامة ، وان هذه الشروط بوجه عام شبيهة بشروط النظريات الحديثة . ولقد اثبتنا بصورة خاصة ان الخلاف بين الفقهاء لم يكن الا من نوع الاجتهاد في الفروع والمسائل ، ولم يكن في الاصول والمبادىء الا نادراً .

وعلى كل حال ، فالخلاصة التي لا شك فيها هي انه ، فيما عدا احوال المباشرة ،

---

(١) جامع الفصولين في الموضع المذكور ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٩) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٤٩٨) .

لا بدّ من التعمد او التقصير أو عدم التحرز في الاضرار تسبباً . وان هذا الأصل لا يطبق على عمل المرء نفسه فحسب، بل يطبق ايضاً على فعل الحيوان وفعل الجوامد دون تفريق أو تمييز .

فهرست الجزء الاول

من كتاب النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية

صفحة

صفحة

انتهى الجزء الاول

الاغلاط المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣	٧	تعريفه	تعريف
٢٦	١٣	اولهما	اولها
٢٩	١٠	لذمة	الذمة
٢٩	١٥	خاص	خاصاً
٣٨	٧	لمذاهب	المذاهب
٤٢	١٩	أم	ما
٥٢	٧	خاصه	الخاصة
٦٠	٢١	الخاص و	والخاص
٦٣	١٤	بكون	يكون
٧٨	٦	الاجازة	الاجارة
٩٠	٩	مسأله	مسألة
١٠٨	١٥	الاحكام	هذه الاحكام
١١٠	٢٤	يزيد عن	يزيد على
١١٦	هامش س ٢	الفتح	فتح
١١٧	هامش ٢	سور	سورة
١٣٩	الاخير	٢	٣
١٤١	٣	هذا	هذا القتل

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٤٢	١	لحرية	الحرية
١٤٤	١٦	القامة	القسامة
١٧٦	١١	معتد	متعد
٢١٣	٥	كامة الاثر	كامة في الاثر
٢١٤	١٢	اذ أخذ	إذا أخذ
٢٢١	١٣	ملائمه	ملائمة
٢٢٢	١٣	المتضرو	المتضرر
٢٢٧	١	والاجير والمأمور	والاجير المأمور
٢٣٠	١٦	الاحبر	الاجير
٢٤٥	١٦	حيث الدابة	حيث

انتهى طبع هذا الكتاب على

مطابع الكشاف

في ٢٨ ربيع الثاني سنة ١٣٦٧ و ٩ آذار سنة ١٩٤٨

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١١٣	١	طرية	الطرية
١١٤	١٦	القامة	[illegible]
١٧٩	١١	[illegible]	[illegible]
٢١٣	٥	[illegible]	[illegible]
٢١٤	١٢	[illegible]	[illegible]
٢٢١	[illegible]	[illegible]	[illegible]
٢٢٢	١٣	المضرر	المضرر
٢٢٧	١	والأجير والأمور	والأجير الأمور
٢٣٠	١٦	الأجير	الأجير
٢٤٥	١٦	[illegible] الثالثة	[illegible]

THE GENERAL THEORY
OF
THE LAW OF OBLIGATIONS & CONTRACTS UNDER MUHAMMADAN JURISPRUDENCE

A comparative study of the Islamic rites
from the modern standpoint

BY

SOBHI MAHMASSANI

Docteur en Droit (Lyon), L. L. B. (Lond.)
Formerly President at the Leb. Court of Appeal
Lecturer on Majallah & Roman Law at the American University
Member of the Arab Academy of Damascus
Attorney - at - law

VOL. 1

Puplished by

DAR AL - KACHAFF
BEIRUT - LEBANON

Printed in Lebanon



THE GENERAL THEORY
OF
THE LAW OF OBLIGATIONS & CONTRACTS
UNDER MUHAMMADAN JURISPRUDENCE

A comparative study of the Islamic rites
from the modern standpoint

BY

SOBHI MAHMASSANI

Docteur en Droit (Lyon) LL. B. (Lond.)
Formerly President of the Civil Court of Appeal
Lecturer on Muhammadan & Roman Law at the American University
Member of the Arab Academy of Damascus
Attorney-at-Law

VOL. 1

Published by
DAR AL-KASHSHAF
BEIRUT - LEBANON

Printed in Lebanon



تقدمة المؤلف والناشر
لمكتبة الجامعة الاميركية
في بيروت
محمصاني

النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية

بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة

تأليف

المحامي صبحي محمصاني

دكتور في الحقوق (ليون) ب. ح. (لندن)

استاذ المجلة والقانون الروماني في جامعة بيروت الاميركية

رئيس غرفة في محكمة الاستئناف اللبنانية سابقاً

عضو المجمع العلمي العربي بدمشق

الجزء الثاني

يبحث في نظرية العقد وفي مفاعيل الموجبات وانتقالها وسقوطها

١٩٤٨

الناشر
مكتبة الكشاف ومطبعتها
بيروت

النظرية العامة

للموجبات والعقود

في الشريعة الاسلامية

الجزء الثاني

القسم الثالث

نظرية العقد

الباب الاول

معلومات عامة

الفصل الاول

المشيئة المنفردة والعقود

المشيئة المنفردة

ان التصرفات الشرعية هي بعبارة الفقهاء المسلمين نوعان : الفعلية والقولية ، او هي بعبارة القانون الحديث الاعمال غير المباحة والاعمال القانونية .

ولا شك في ان التصرفات الفعلية كانت في الشرائع القديمة اول مصادر الالتزام ، ولكنها بتقدم الحضارة وازدياد المبادلات والمعاملات الاقتصادية اخذت تتضاءل في الأهمية شيئاً فشيئاً بالقياس الى التصرفات القولية ، وبالقياس بوجه خاص الى العقود التي أصبحت اليوم أهم مصادر الالتزام بلا مراء .

فبعد ان درسنا في الجزء الاول التصرفات الفعلية او الجرائم كمصدر من مصادر الالتزام ، نبحث الآن في التصرفات القولية . وهي ، كما عرفنا ، كل عمل مشروع جرى بنية احداث الأثر الشرعي .

ولقد أوضحنا سابقاً ان التصرفات القولية او الاعمال القانونية تنقسم قسمين . اولها قسم العقـود ، وهو الذي ينجم عن اتفاق بين فريقين او اكثر . والثاني ما كان ناتجاً عن ارادة فريق واحد . فنحن في هذا القسم نستخلص المبادىء العامة لنظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، بعد ان نمرّ مرّاً سريعاً بالتصرفات القوليـة الصادرة عن ارادة فريق واحد .

فهذه التصرفات الاخيرة قليلة جداً بالقياس الى العقود ، بل هي لا تصح الا في احوال استثنائية . وهاك اهم هذه الاحوال : —

اولاً — تصرفات الفضولي في الاحوال والشروط التي مرّت معنا .

ثانياً — النذور والايمان ، وهي تتعلق بقسم العبادات من الفقه الاسلامي .

ثالثاً — الاسقاطات في الاحوال الشخصية ، كالطلاق والعتاق وما اليهما .

رابعاً — الوقف والوصية . فعنـد جمهور الفقهاء تكفي لصحتها ارادة الواقف او الموصي وحدهـا ، دون قبول الموقوف عليهم أو الموصى لهم ، اذا كان هؤلاء غير معينين ، كالفقراء والمساكين . وما عدا ذلك ففيه خلاف بين الفقهاء [1] .

خامساً — عند بعض الفقهاء توجـد فئة مـن التصرفات ، تنعقد أو تصح بارادة منفردة من احد الطرفين دون قبول من الآخر . ومن هـذه الفئة الابراء وباقي الاسقاطات ، والكفالة ، مع بعض تفصيل بين المذاهب .

ففي المجلة : « تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل وحـده ، ولكن أن شاء المكفول له ردها فله ذلك ، وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له ... » (المادة ٦٢١) . وفي الابراء ايضاً : « لا يتوقف الابراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد . لانه اذا ابرأ احد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن اذا ردّ الابراء في ذلـك المجلس بقوله لا اقبـل ، فيكون ذلك الابراء مردوداً ، يعني لا يبقى له حكم ... » (المادة ١٥٦٨) .

وبالتدقيق في هذه الفئة من التصرفات في المذهب الحنفي ، نستبين ان القبول فيها موجود في الحقيقة ، أو ان وجوده مفروض فيها . ويدل على ذلـك انها ترتد بالرد ، أي انها لا تصح اذا صرح الفريق الآخر بعدم قبوله . ولكن بعض المذاهب ،

---

(١) فتاوى السبكي (ج ٢ ص ٧٨) ، والاسعاف في احكام الاوقاف للطرابلسي (١٩٠٢ مصر ، ص ١٧) ، والفروق للقرافي (ج ٢ ص ١١١) .

كالمذهب الحنبلي والقول المختار من المذهب الشافعي ، تعتبر ان الابراء كجميع الاسقاطات يصح بدون قبول المدين ورغم رده له . فهو اذن يحصل في هذه الحالة بارادة المسقط وحدها[١] .

ونحن لا نتوسع في هذه الامور جميعاً ، لان بعضها كما ترى يتعلق بالعبادات كالنذور والايمان ، أو بالاحوال الشخصية كالطلاق والعتاق ، او باحكام الوقف والوصية ، ولان البعض الآخر سيأتي تفصيله في محله من ابواب العقود والموجبات .

الوعد بالمكافأة

من العادات المعروفة منذ القديم ان يعد احد الناس بتقديم المكافأة لمن يعمل له عملا من الاعمال . ونحن نرى ذلك غالباً في احوال ضياع بعض الاموال ، حيث يعد صاحبها بدفع جائزة لمن يردّها اليه . فهل يلتزم الواعد بدفع ما وعد به ؟ اي هل تكفي ارادته المنفردة لوجوب ذلك ؟

عند الرومان كان الوعد بالمكافأة ملزماً للواعد ، وكان ذلك من الاحوال الاستثنائية التي يكون فيها المرء ملتزماً بارادته المنفردة دون عقد واتفاق . ومن أهم أمثلته الوعد بمكافأة من يرد العبد الهارب إلى صاحبه[٢] .

وشبيه بذلك ما نجده في الشريعة الاسلامية في باب العبد الآبق أو الهارب وفي باب الجعالة[٣] . والجعالة هي ان يجعل أحد شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً ، كما لو قال صاحب العبد الآبق « من رده اليّ فله خمسون درهماً » مثلاً .

وتصح الجعالة عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفيين ، وتعتبر ضرباً من ضروب عقد الاجارة . ولا يشترط فيها قبول العامل ، وقيل ان العمل الذي يقدمه يقوم مقام قبوله . وصفة الجعالة انها عقد جائز من الطرفين ، بمعنى انه يجوز لكل من الجاعل أو العامل ان يفسخها قبل اتمام العمل . ويشترط لالتزام الجاعل أو الواعد أن يكون الجعل أو الاجرة معلومة ، ويشترط ايضاً عند المالكيين ان يكون

---

(١) انظر في هذه المسألة الفصل الثالث من الباب الثاني من القسم الرابع من هذا الكتاب .

(٢) راجع كتاب القانون الروماني لجيرار (ص ٤٨٠) ، ومجموعة القوانين الرومانية (Textes de droit romain) له ايضاً (ص ٨٦٤) .

(٣) بتثليث الجيم ، اي بضمها او فتحها او كسرها .

هذا الجعل يسيراً[١] .

أما عند الحنفيين ، فلا يجب الجعل المسمّى . بل انهم قالوا استحساناً في مسألة العبد الآبق او الهارب بان من يرده الى صاحبه يستحق جعلاً قدره اربعون درهماً[٢] ، ان رده من مسافة سفر أي مسيرة ثلاثة ايام فصاعداً . وهذا المبلغ واجب الدفع ، سواء أوعد صاحبه به ام لم يعد ، وهو واجب عند ابي يوسف ، وان كانت قيمة العبد اقل منه . ولكن عند محمد ان كانت القيمة اقل من اربعين درهماً ، يقضى لمن رده بقيمته الا درهماً واحداً .

ويجوز الصلح بين الطرفين على أقل من هذا المبلغ ، لا على الزيادة . واذا كانت المسافة دون مسيرة سفر أي أقل من ثلاثة ايام ، فقد قيل ان الجعل يكون بحسابه لكل يوم ثلث الاربعين اي ثلاثة عشر درهماً وثلث الدرهم ، وقيل انه يكون ما يتفق عليه الفريقان أو ما يقدّره القاضي عند اختلافهما[٣] .

واخيراً لا بدّ من الملاحظة ان قانون الموجبات والعقود اللبناني اقر أيضاً ان الايجاب وحده يكفي للالتزام دون قبول أو اتفاق ، إذا كان هذا الايجاب من نوع الوعد بمكافأة (المادة ١٧٩ ، فقرتها الاخيرة) .

العقد وتعريفه

في اللغة معنى العقد ، بكسر العين ، القلادة ، وبفتحها الاحكام والشدّ ، فيقال عقد الحبل أي شده . واصطلاحاً العقد بعبارة المجلة هو « التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول . والانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما » (المادتان ١٠٣ و ١٠٤) .

وليس كل اتفاق عقداً . فلو اتفق اثنان على نزهة أو على قضاء السهرة معاً ، فلا عقد بينهما . بل إنما العقد ، كما يدل معناه وتعريفه ، هو الاتفاق الذي له أثر

---

(١) الوجيز (ج ١ ص ٢٤٠) ، ومنهاج الطالبين (ص ٧١) ، والروض المربع (ج ٢ ص ١٣٢) ، والمدونة الكبرى (ج ١١ ص ١٠٠) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٥ ص ٥٩) .

(٢) فضة بوزن سبعة مثاقيل .

(٣) فتح القدير على الهداية (ج ٤ ص ٤٣٥-٤٣٧) ، والبحر (ج ٥ ص ١٦٠-١٦١) .

شرعي ، وهو العلاقة الالزامية الناشئة عنه .

هذا ما ذكرته المجلة في تعريفها ، وهذا ما اتفقت عليه الشرائع الحديثة [١]. فقد جاء في قانون الموجبات اللبناني ان العقد هو الاتفاق الذي يرمي الى انشاء علاقات الزامية (المادة ١٦٥) .

وان كلمة العقد تقرب لفظاً ومعنى من كلمة العهد ، فيقال عاقده او عاهده بمعنى واحد . وفي الكلمتين كما ترى معنى الارتباط والالتزام . ونرجح ان يكون اصلهما واحداً ، لأنه ثبت في علم الفيلولوجيا العربية ان تشابه الالفاظ يقابله احياناً التشابه في المعنى .

ولا شك في ان العقد من مصادر الموجبات والالتزام ، وان ايفاء العقود والعهود واجب وثابت بالقرآن الكريم ، حيث جاء فيه : « يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » [٢] « واوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا » [٣] .

واخيراً لا بد من الاشارة الى انه كما يشترط اتفاق الفريقين للانعقاد ، كذلك يجب اتفاقهما لرفع العقد واقالته . فلا يجوز لاحدهما منفرداً ان يرفع العقد بمجرد ارادته ، لانه كما نعلم « من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » (المادة ١٠٠ من المجلة) .

---

(١) وبمعناه قال آنسون في كتابه احكام العقد (Law of Contract ص ٢) ان العقد هو الاتفاق المنشيء للالتزام Contract is agreement resulting in obligation .

(٢) سورة المائدة (٥) ١ .

(٣) الاسراء (١٧) ٣٤ .

الفصل الثاني

اقسام العقود

قسم الفقهاء والمجلة العقود اقساماً عديدة . ونحن نذكر هنا أهمها وهي : العقد الصحيح والعقد الباطل ، العقد النافذ والعقد الموقوف، العقد اللازم وغير اللازم ، عقد المعاوضة وعقد التبرع ، عقد تمليك العين وعقد تمليك المنفعة .

العقد الصحيح والعقد الباطل

ان العقد الصحيح ، بعبارة المجلة والفقهاء ، هو المنعقد والمشروع ذاتاً ووصفاً (المادة ١٠٨) . أو بجملة أخرى هو الذي يجمع شروط الانعقاد والصحة التي سنفصّلها في الباب القادم، والذي ليس فيه صفة تمنع الغرض المقصود منه .

وان العقد الباطل هو ، كما قال ابن نجيم ، ما لا يكون مشروعاً باصله [١] . اي هو العقد غير المنعقد الذي لا يصح ولا يكون مشروعاً أصلاً (المادتان ١٠٧ و ١١٠) .

ومثل يوضح ذلك : البيع الذي يعقده العاقل البالغ بشروطه المطلوبة صحيح . ولكن البيع يكون باطلا إذا كان البائع مجنوناً ، او اذا كان المبيع غير مقدور التسليم ، أو اذا فقد منه احد شروط الانعقاد (المادتان ٣٦٢ و٣٦٣) .

وبين العقد الصحيح والعقد الباطل عند الحنفيين وفي المجلة نوع ثالث من العقود هو العقد الفاسد . وتعريفه انه العقد المشروع أصلاً لا وصفاً . او بعبارة اخرى هو الذي يكون صحيحاً باعتبار ذاته او اصله ، وفاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة (المادة ١٠٩) . وبهذا يفارق العقد الفاسد العقد الباطل ، الذي لا يكون

(١) الاشباه والنظائر ، لابن نجيم ، ص ١٣٥ .

مشروعاً لا باصله ولا بوصفه ١ .

ومن أهم اسباب الفساد في العقود صفة الجهالة في الموضوع المعقود عليه . فمن العقود الفاسدة مثلاً ، البيع الواقع على شيء غير معلوم ، لانه كما قالت المجلة « بيع المجهول فاسد ، فلو قال البائع للمشتري بعتك جميع الاشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء ، فالبيع فاسد » (المادة ٢١٣) . وكذلك يعتبر فاسداً البيع بدون تسمية الثمن او بثمن مؤجل الى مدة غير معلومة (المواد ٢٣٧ و٢٤٨ و٣٦٤) ، او الاجارة بدون تعيين المنفعة او الاجرة بوجه مانع للمنازعة (المادة ٤٤٩ وما بعدها) . ويكون العقد فاسداً ايضاً لصفة خارجية اخرى ، كالغبن في اجارة مال اليتيم باقل من اجرة المثل (المادة ٤٤١) .

وان العقد الفاسد يفارق العقد الباطل في نتائجه ايضاً . فبينما لا يكون للباطل حكم مطلقاً ولا ينقلب صحيحاً ابداً ، نرى العقد الفاسد يصبح نافذاً بزوال صفة الفساد ، ويبطل بفسخه من قبل أحد المتعاقدين قبل زوال هذه الصفة اذا كان المعقود عليه موجوداً . مثاله : « لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد ، الا اذا هلك المبيع في يد المشتري ، او استهلكه او أخرجه من يده ببيع صحيح او بهبة من آخر ، او زاد فيه المشتري شيئاً من ماله . كما لو كان المبيع داراً فعمرها او ارضاً فغرس فيها اشجاراً ، او تغير اسم المبيع بان كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً ، بطل حق الفسخ في هذه الصورة » (المادة ٣٧٢) .

وبصورة خاصة ، لقد مرّ معنا سابقاً أن بعض العقود الفاسدة تنقلب صحيحة بالقبض كما في البيع والقرض . ففيهما إذا قبض المشتري المبيع أو اذا قبض المستقرض الشيء موضوع القرض صحّ العقد . ومر معنا أيضاً ان بعض هذه العقود يصبح بالقبض قريباً من الصحيح في أكثر احكامه كما في الرهن . وكذلك رأينا ان بعض العقود الفاسدة كالاجارة والشركة وما اليهما ، لا ينظر فيها الى المعاوضة المشروطة اي البدل المسمّى ، بفرض وجوده في العقد ، بل ينظر الى تعويض المثل

---

(١) الاشباه في الموضع المذكور . هذا هو المعنى الخاص للعقد الفاسد ، وان كان قد استعمل احيانا بوجه عام بمعني العقد غير الصحيح ، سواء أكان باطلا ام فاسداً ، كما جاء في الدر المختار (ج ٢ ص ٢٢٢) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ١٦٨) وغيرهما .

بشرط ان لا يزيد عن البدل المسمّى [١] . مع انه لو كان العقد باطلاً في جميع هذه الاحوال لما كان له من اثر شرعي على الاطلاق .

وهذا التفريق بين العقد الباطل والفاسد لم يقبل به الامام الشافعي . فعنده الباطل والفاسد مترادفان ، الا في بعض العقود ، كالوكالة والعارية والشركة والقراض (المضاربة) والخلع (من فرق النكاح) والكتابة (في الرق) وماشبه [٢] . وكذلك قال الامامان ابن حنبل وداود الظاهري بعدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد [٣] .

وعلى كل فان اسباب الفساد المبنيّة على وصف الجهالة في المذهب الحنفي وفي مجلة الاحكام العدلية قد الغتها ضمناً المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، التي اعطت القاضي حق تفسير نيّة المتعاقدين ، وازالة الوصف الفاسد . وهذا يستتبع الغاء العقد الفاسد في معظم الاحوال المذكورة في المجلة .

ونص تلك المادة ، في فقرتها الاخيرة ، هو : « اذا اتفق العاقدان على النقاط الاصلية من المقاولة ، عدّ العقد تاماً ، ولو لم تذكر النقاط الفرعية . واذا لم يتفق العاقدان على النقاط الفرعية ، فتعينها المحكمة بعد الامعان في ماهية القضية » .

العقد النافذ والعقد الموقوف

من العقود ما كان خالصاً من حقوق الغير ، ومنها ما كان مرتبطاً به . فالعقد يسمّى نافذاً اذا كان لا يتعلق به حق الغير ، وكان يفيد الحكم في الحال (المادتان ١١٣ و ٣٧٤) . مثلاً لو باع احد ماله العاري عن حقوق الغير ، وكان هو حائزاً شروط الاهلية لذلك ، كان بيعه نافذاً .

والعقد الموقوف هو الذي يتعلق به حق الغير ، ولا يفيد الحكم الا عند اجازة صاحب الحق (المادتان ١١١ و ٣٧٧) . وهذا العقد مقبول في الرأي السائد عند الفقهاء وخصوصاً عند الحنفيين . وتفسير التعريف هو ان العقد الموقوف لا يعد

---

(١) انظر ما ذكرناه آنفاً في بحث الكسب غير المشروع (الجزء الاول ص ٩٧) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٥٢ وما بعدها) .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٧٨ .

(٣) الشرح الكبير (ج ٤ ص ٥٦) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٤٦) .

باطلا ، بل يعدّ متوقفاً على رضى صاحب الحق الذي تعلق حقه به ، او على اجازته كما يقال في الاصطلاح . فاذا علم صاحب الحق بالعقد الموقوف واجازه اي رضي به ووافق عليه ، صار العقد نافذاً . واذا لم يجزه ولم يرض به ، فسخ العقد وعدّ كأنه لم يكن . وبكلمة أخرى ، سمّي هذا الضرب من العقود موقوفاً لان صحته وبطلانه ، أو نفاذه وعدم نفاذه ، يتوقفان على الاجازة أو عدمها .

وأهم هذه العقود الموقوفة هي : —

اولا — عقد الفضولي في النظرية الاسلامية المختارة . وقد تكلمنا عنه مفصلا ، فليراجع في محله[1] .

ثانياً — بعض عقود الصغير المميز . سنرى في باب أهلية التعاقد ان الصغار لا يملكون الحرية التامة في التصرفات القولية . وانهم اذا كانوا من فئة الصغار المميزين بالمعنى الشرعي الذي سنعرفه ، يمكنهم اجراء بعض العقود . فتكون هذه العقود نافذة ، ولو بدون موافقة الولي ، ان كان لهم فيها نفع محض ، كقبول الهدية وما الى ذلك . وتكون متوقفة على اجازة الولي ان كانت دائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والاجارة وما أشبه .

مثاله ، لو باع الصبي المميز ما له بلا اذن وليه ، كان العقد موقوفاً ، اي ان نفاذ هذا البيع يتوقف على موافقة الولي . فالولي مخيّر ان رأى العقد مفيداً لمصلحة الصغير وافق عليه أو أجازه وصحّ العقد ونفذ ، والعكس بالعكس (المادة ٩٦٧) . ويلحق بالصغير المميز المعتوه والسفيه كما سنرى (المادتان ٩٧٨ و ٩٩٠) .

ثالثاً — التصرف بالمرهون ، بالبيع أو الهبة أو ما شاكل . من المعلوم ان الشيء المرهون يتعلق به حق الدائن المرتهن وحق المدين الراهن جميعاً . فلذا مثلا اعتبر الحنفيون والمالكيون بيع المرهون موقوفاً ، بمعنى انه اذا باعه أحدهما دون رضى الآخر ، كان العقد موقوفاً على رضى هذا الآخر . فان اجازه صح ونفذ ، وان لم يجزه بطل وانفسخ[2] .

رابعاً — الوصية وما الحق بها . من احكام الشرع الاسلامي ان الوصية لا تجوز

---

(١) في الجزء الاول ص ٦٥ .

(٢) راجع المجلة (المواد ٣٦٨ و ٧٤٦ و ٧٤٧) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٦٩) .

لوارث الا ان يجيزها باقي الورثة بعد وفاة الموصي . فاذن تكون الوصية في مثل هذه الحال موقوفة على اجازتهم ، ان اجازوها صحت ، والا بطلت . ويلحق بالوصية من هذه الناحية الهبة وما كان شبيهاً بها من العقود التي يعقدها المرء في مرض موته ، كما سيأتي بيانه [١] .

وان فئة العقود الموقوفة لم يقبل بها بعض الفقهاء المسلمين . فقد روي عن الشافعي في مذهبه الجديد ، وعن ابن حنبل في احدى الروايتين عنه ، وعن داود الظاهري وابي ثور من ائمة المذاهب البائدة ، انهم اعتبروا العقود الموقوفة باطلة ، لانها صدرت في بدئها بدون موافقة الغير الذي تعلق حقه فيها ، اي كانت في أصلها محرمة وباطلة ، فلا يكون لاحد اجازة المحرم الباطل . غير ان لهذا الاصل مستثنيات في الوصية وهبة المريض وما أشبه [٢] ، ونحن لا نرى مجالا لتفصيلها الآن .

ولقد بحثنا في هذه النظرية في باب تصرفات الفضولي [٣] ، وأوضحنا ما فيها من حرج وتضييق . وسنرى غير ذلك من الامثلة في دراساتنا القادمة .

العقد اللازم وغير اللازم

ان العقود النافذة ، وان كانت صحيحة غير موقوفة ، لكن يكون فيها احيانا ما يسمى في الاصطلاح الشرعي خِياراً . ومعنى الخيار كون أحد العاقدين مخيراً في فسخ العقد او في البقاء عليه (المادة ١١٦) .

وتنقسم العقود النافذة من هذه الناحية قسمين . اولهما العقد اللازم ، وهو العقد النافذ العاري عن الخيارات . والثاني الجائز او غير اللازم ، وهو العقد النافذ الذي فيه أحد الخيارات (المادتان ١١٤ و١١٥) .

واذا نظرنا الى ماهية العقود النافذة من حيث لزومها ، رأينا انها ثلاث فئات : العقود اللازمة من الجانبين ، والعقود الجائزة او غير اللازمة من الجانبين ، والعقود اللازمة من جانب وغير اللازمة من الجانب الآخر . وهذا التقسيم يفسره نوع العقود

---

(١) راجع في هذه الامثلة جميعاً الفتاوى الخانية ، ج ٢ ص ١٤٣ — ١٤٤ (بهامش الهندية) .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٧) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٥٣ ص ٨٦ وما بعدها) .

(٣) في الجزء الاول ص ٦٣ .

والغرض المقصود منها ، وهو مقبول في جميع المذاهب المعتبرة ، مع خلاف يسير فيها لجهة التردد في توزيع بعض العقود بين هذه الفئات المختلفة .

فنحن لا ندخل هنا في بيان مواضع الخلاف ، بل نكتفي عن كل من الفئات الثلاث بامثلة متفق عليها عند الجميع ، او على الاقل في الرأي السائد عندهم [١] .

اولا - العقود اللازمة من الجانبين . وهي العقود التي لا يجوز لأحد من المتعاقدين بعد انعقادها ان يفسخها بدون رضى الآخر ، لان الغرض المقصود منها لا يتم الا بذلك .

وأهم هذه العقود هي البيع ، والاجارة ، والهبة بعوض ، والهبة بدون عوض في بعض المذاهب ، والزواج الخالي عن الخيارات ، والخلع بعوض وما أشبه .

ففي البيع مثلاً ، جاء في المجلة انه « اذا كان البيع لازماً نافذاً ، فليس لاحد المتبايعين الرجوع عنه » (المادة ٣٧٥) . وسببه ان غرض المتبايعين فيه ومصالحهما لا تتم الا بلزوم العقد ، والتوثق من بقائه ، وعدم فسخه من قبل احدهما منفرداً .

ثانياً - العقود الجائزة او غير اللازمة من الجانبين . وهي التي يكون فيها لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون رضى الآخر ، اذ أن في ذلك مصلحتهما من حيث الغرض الذي يقصدان اليه .

واهم أمثلة هذه العقود الوكالة والشركة والمضاربة والوديعة والاعارة والوصية وما اليها ، الا أن تكون هذه العقود مقيدة بمدة معينة او بموضوع معلوم ، في الاحوال التي يجوز فيها هذا التقييد ، فعندئذ يكون حق الفسخ مقيداً كما شرط .

ثالثاً - العقود اللازمة من أحد جانبيها والجائزة من الجانب الآخر . وهي التي يجوز الفسخ فيها لاحد الطرفين وحده ، والتي تكون لازمة على الآخر ولا يجوز فسخها من جانبه .

مثاله في الرهن والكفالة ، يجوز للدائن المرتهن أو المكفول له ان يفسخ العقد ، بان يعيد الشيء المرهون الى صاحبه او بان يبرىء الكفيل من كفالته ، لان العقد جاء لمصلحته وحده . ولكن ليس للكفيل ان يفسخ الكفالة دون موافقة المكفول

---

(١) راجع الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٣٤ — ١٣٥) ، والفروق للقرافي (ج ٤ ص ١٣) ، وقواعد الاحكام للعز بن عبد السلام (ج ٢ ص ١٤١ وما بعدها) ، والمغني (ج ٤ ص ١١٩ وما بعدها) .

له ، وليس للمدين الراهن ان يفسخ الرهن دون موافقــة المرتهن (المواد ٦٤٠ و٧١٦ و٧١٧) .

عقد المعاوضة وعقد التبرع [1]

ان عقد المعاوضة هو مــا كان النفع فيه للمتعاقدين جميعاً ، كالبيع والمقايضة والاجارة . ففي البيع مثلا ، فكما يكون النفع للمشتري بالمبيــع يكون ايضاً للبائع بالثمن .

أما عقد التبرع ، فهو ما كان النفع فيه لاحد المتعاقدين دون الآخر ، كالهبــة والعارية . ففي هذين العقدين ، النفع هو للموهب له وللمستعير دون الواهب والمعير .

ولتقسيم العقود الى معاوضة وتبرع اهمية في بعض المذاهب . فالاصل في عقود المعاوضة انهـا تتم برضى المتعاقدين دون اشتراط القبض . مثاله ، في عقـد البيع ، يكفي الايجاب والقبول لثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن للحال ، ولو قبل القبض . وبعبارة اخرى ، ان القبض اى تسليم المبيع والثمن ليس بشرط لتمام البيع ، كما انه ليس بشرط ايضاً لتمام سائر عقود المعاوضة [2] .

اما عقود التبرع ، ففيها خلاف في المذاهب والقوانين . مثلاً في عقـد الهبة ، نجد ثلاث نظريات مختلفة ، لا نرى بأساً بكلمة وجيزة عن كل منها [3] .

فالنظرية الاولى تعدّ عقود التبرع بمنزلة عقود المعاوضة ، اي انه يكفي فيهـا الايجاب والقبول . وقد قال بهذه النظرية من الفقهاء المسلمين الائمة مالك وابو ثور وداود الظاهري ، وقالت بها بعض القوانين الحديثة . مثاله جاء في قانون الموجبات

---

(١) في المادة ١٦٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، استعمل معربوه اصطلاحــاً آخر جديداً ، هو العقد ذو العوض والعقد المجاني . ونحن نعجب لاتخاذ الاصطلاحات الجديدة ، عنـد وجود الاصطلاحات العربية ، لا سيا إذا كانت هذه الاصطلاحات واضحة صحيحة راسخة .

(٢) راجع البدائع (ج ٥ ص ٢٣٣) ، والمادتين ٢٦٢ و ٣٦٩ من المجلة .

(٣) راجع المبسوط (ج ١٢ ص ٤٨) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٥٤) ، والوجيز (ج١ ص ٢٤٩) ، والمغني (ج ٦ ص ٢٤٦ و ٢٥١) ، والمحلى (ج ٩ رقم ١٦٢٩) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٧٣) ، والام (ج ٣ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥) ، والمــيزان للشعراني (ج ٢ ص ١٠٧) .

والعقود اللبناني انه لا يشترط القبض لتمام الهبة ، بل يكفي تراضي الفريقين لنقل ملكية الاموال الموهوبة ، الا فيما يتعلق بالعقار او الحقوق العينية العقارية ، فالهبة كالبيع لا تتم الا بقيدها في السجل العقاري (المادتان ٥٠٧ و ٥١٠) .

وفي النظرية الثانية ، لا تتم الهبة بالايجاب والقبول فحسب ، بل يجب فوق ذلك قبض الموهوب من قبل الموهوب له . وهذا هو مذهب الائمة ابي حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم . وبه اخذت مجلة الاحكام العدلية في القاعدة الكلية « لا يتم التبرع الا بقبض » (المادة ٥٧) ، وفي باب الهبة حيث جاء : « تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض » (المادة ٨٣٧) . ويستند هذا المذهب الى دليل شرعي والى تعليل عقلي .

فالدليل الشرعي هو الحديث الشريف . فقد روى الحنفيون عن النبي (ص) انه قال : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة »[١] . وروي عن النبي (ص) ايضاً انه قال : « يقول ابن آدم مالي مالي . وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت ، او لبست فابليت ، او تصدقت فامضيت ؟ وما سوى ذلك فهو مال الوارث »[٢] . وامضاء الصدقة هو انفاذها ، ولا يتم الانفاذ الا بالقبض .

اما الدليل العقلي ، فهو « ان عقد التبرع عقد ضعيف في نفسه ، ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم . والملك الثابت للواهب كان قوياً فلا يزول بالسبب الضعيف ، حتى ينضم اليه ما يتأيد به ، وهو ... تسليمه في الهبة لازالة يده عنه ، بعد ايجاب عقد التمليك لغيره »[٣] .

واخيراً في النظرية الثالثة ، وهي للامام احمد بن حنبل ، لا تصح الهبة في المكيلات والموزونات الا بالقبض ، وتصح في غير ذلك من الاشياء بمجرد العقد بغير قبض .

والى هذه النظريات الثلاث ، لا بدّ من اضافة نظرية اخرى اجنبية ، هي التي

---

(١) ذكره مصنف المبسوط في الموضع المذكور . وهو غير موجود في كتب الحديث المشهورة . وقد روى صاحب المغني (ج٦ ص٢٤٧) عن المروذي ان ابا بكر وعمر وعثمان وعلياً اتفقوا « ان الهبة لا تجوز الا مقبوضة » ، ولم ينسب هذا القول الى النبي (ص) . وكذلك لم يقل الشافعي عنه انه حديث شريف في الام في الموضع المذكور .

(٢) رواه احمد والترمذي والنسائي وغيرهم . انظر الفتح الكبير ، ج٣ ص٤٢٩ .

(٣) المبسوط في ذات الموضع .

تشترط لصحة الهبة ان تكون بشكل معين ، كالصك امام الكاتب العدل في القانون المدني الفرنسي (المادة ٩٣١) ،اوكالصك لدى الكاتب العدل أو لدى المحكمة في القانون المدني الالماني (المادة ٥١٨) . ويفسر ذلك أن عدم المعاوضة في الهبة يقتضي عدم التساوي بين المتعاقدين ، ويوجب التروي من جانب الواهب والاحتياط لحمايته من كل تسرع ، ويوجب أيضاً التحرز في صيغة العقد بشكل يرفع كل خلاف أو نزاع .

ولا بدّ من الزيادة اخيراً ان الحنفيين اشترطوا القبض في عقد الاعارة ، كما في عقد الهبة ، باعتباره من عقود التبرع ايضاً . ولذا قالت المجلة : « القبض شرط في العارية ، فلا حكم لها قبل القبض » (المادة ٨١٠) . وبمعناه نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه : « تتم الاعارة برضى الفريقين وبتسليم العارية الى المستعير » (المادة ٧٣٢) .

عقود تمليك العين وعقود تمليك المنفعة

ان العقود منها ما يكون موضوعه نقل الملكيـة ، كالبيع مثلا ، فهو يكسب المشتري ملكية المبيع ويكسب البائع ملكية الثمن . ومنها ما لا يكون كذلك ، كالوكالة والكفالة وما أشبه .

وان كلمة التمليك هنا لا تعني اعطاء حق الملك التام بالمعنى الخاص الذي عرّفناه في اوائل الجزء الاول من هذا الكتاب ، بل هي تعني اعطاء الملك بالمعنى العام الذي استعمله الفقهاء المسلمون . فاذنْ يقدّر الملك في الاعيان أي الاموال الحسية ، وفي المنافع أي الاموال التي لا تعرف الا بالفكر والمعنى .

وهكذا تكون عقود التمليك قسمين . اولهما عقود تمليك العين ، والثاني عقود تمليك المنفعة . وكل من هذين القسمين يكون اما بعوض ، او بلا عوض . واليك أمثلة من هذه الاقسام جميعاً .

اولا — عقد تمليك العين بعوض . مثاله البيع . ففيه يتملك المشتري عين المبيع ، ويتملك البائع عين الثمن ، ويكون كل من المبيع والثمن بدلا من الآخر .

ثانياً — عقد تمليك العين بلا عوض . مثاله الهبة ، « وهي تمليك مال لآخر بلا عوض » (المادة ٨٣٣ من المجلة) . ففيها يتملك الموهوبُ له عين الشيء الموهوب ، ولا يدفع عوضاً عنه للواهب . ويجوز بلا شك اشتراط العوض في الهبة ، وتسمى

عندئذ الهبة بشرط العوض ، ويكون حكمها كحكم البيع بوجه عام ، كما سنرى .

ثالثاً – عقد تمليك المنفعـــة بعوض ، كالاجارة . ففيها يتملك المستأجر منفعة المأجور لقاء الاجرة التي يدفعها الى المؤجر . وانت ترى ان هذا العقد هو ايضاً عقد تمليك العين من جانب المؤجر ، لانه يتملك الاجرة التي يقبضها بدلا من المنفعة .

رابعاً – عقد تمليك المنفعة بلا عوض . مثلاً في الاعارة ، كما قالت المجـــلة ، « المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل ، فليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرة بعد الاستعمال » (المادة ٨١٢) . و كذلك في الوصيـة بالمنافع ، يتملك الموصى له منفعة الشيء الموصى به بدون بدل .

الباب الثاني
شروط انعقاد العقد وصحته

الفصل الاول

تعداد هذه الشروط

النظرية العامة

لا يجهل من يدرس القانون المدني اليوم ان للعقد نظرية عامة تندرج فيها بعض الاحكام العامة التي تطبق على جميع العقود ، ومن هـــذه الاحكام الشروط او الاركان اللازمة لتكوين العقد وانعقاده .

ولا مراء في ان هذا النحو من الترتيب ذو فائدة لا تقدّر ، لانه يضع قواعد العقود وضوابطها على أساس علمي ، ويجمعها في نظرية واحدة ثابتة ، يكفي فهمها لتفهم معظم العقود في انشائها واثرها وانتهائها . ولا يبقى بعد دراسة هذه النظرية الا الاحكام الخاصة بكل عقد من العقود .

وفي نظرية العقد توجد طائفة من الاحكام تبين الشروط العامة لانعقاد العقـد على وجه صحيح نافذ . وهذه الشروط بصورة عامة هي الآتية : —[١] .

اولا — شكل العقد في بعض الاحوال الاستثنائية التي يطلب فيها هذا الشكل .

ثانياً — رضى الطرفين او اتفاقهما ، وهو ارتباط الايجاب بالقبول .

ثالثاً — اهلية الطرفين المتعاقدين ، من حيث العقل والسن وما أشبه .

---

(١) راجع المادة ١٧٧ من قانون الموجبات اللبناني .

رابعاً — موضوع العقد ، وما يجب فيه من وجود وتعيين وامكان واباحة .

خامساً — سبب العقد او الغرض المقصود منه .

الاسلوب الفقهي الاسلامي

لقد لاحظنا في غير هذا المعرض مراراً عديدة ان الفقه الاسلامي لم يُبنَ بوجه عام على النظريات ولا على الاسلوب التحليلي . بل هو بصورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص الذي توصل اليه الفقهاء من درس القضايا الفردية ، تلك القضايا التي استعرضوها والتي كانت ميداناً لاجتهادهم وموضوعاً لابحاثهم .

فلا غروَ اذاً من ان نراهم يدرسون العقود كلا على حدة ، ولا يفردون لها نظرية عامة تشملها جميعاً . ومن الطبيعي ان تتبع مجلة الاحكام العدلية هذا الاسلوب الفقهي ، وان لا نجد فيها نظرية عامة للعقد . فلذا نرى المجلة تذكر شروط الانعقاد وغيرها مبعثرة في ابواب العقود المختلفة .

ونحن نسعى في هذا البحث ان نستخلص نظرية العقد العامة في الشريعة الاسلامية من كتب الفقه العديدة ، وخصوصاً من نصوص المجلة الواردة في العقود الخاصة لا سيا في باب عقد البيع .

وقد قسمت المجلة شروط العقد ، نقلاً عن الكتب الفقهية الحنفية ، الى اربعة اقسام : شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط اللزوم وشروط النفاذ .

فشروط الانعقاد هي : العاقدان واهليتهما ، وصيغة العقد أو الايجاب والقبول ، ومحل العقد أي الموضوع المعقود عليه . مثاله جاء في المجلة : « يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه (اي الايجاب والقبول) من اهله أي العاقل المميز واضافته الى محل (معقود عليه) قابل لحكمه » (المادة ٣٦١) . وقد مر معنا ان فقدان احد شرط الانعقاد الاصلية هذه يجعل العقد مبدئياً باطلا لا حكم له .

وشروط الصحة هي الشروط المتعلقة باوصاف العقد الخارجية ، بان يكون مفيداً على وجه مشروع ، وان يكون خالياً من شروط الفساد ، كالجهالة في موضوع المعقود عليه . وقد اوضحنا أيضاً ان نتيجة انعدام احد هذه الشروط هي فساد العقد ، واوضحنا حكم العقد الفاسد عند الحنفيين .

أما شروط اللزوم والنفاذ ، فهي ان يكون العقد لازماً ونافذاً بالمعنى الذي

عرفناه ، أي ان يكون عارياً عن الخيارات وغير موقوف على اجازة احد يتعلق حقه فيه .

ولا شك في ان ما يتعلق ببحثنا الان هو معرفة شروط انشاء العقد ، وهي بصورة عامة الشروط التي سمّيت بشروط الانعقاد والصحة . وقد اسماها بعض الفقهاء أركان العقد[١] ، وإن كان الحنفيون والمجلة قد استعملوا الركن بمعنى الايجاب والقبول وحدهما[٢] .

وبكل حال ، فنحن لا نتقيد بهذه الاصطلاحات المختلفة ، دفعا لكل التباس ، بل نستعمل بوجه عام كلمة شروط الانعقـاد ، الا اذا اقتضى الامر التوضيح والتفصيل .

---

(١) مثلا انظر باب البيع في الوجيز (ج ١ ص ١٣٢) ، وفي القوانين الفقهيـة لابن جزي (ص ٢٤٥) .

(٢) راجع في المجلة عنوان الفصل السابق للمواد ١٦٧ في البيع ، و ٤٣٣ في الاجـارة ، و ٦٢١ في الكفالة ، و ٧٠٦ في الرهن ، و ٨٣٧ في الهبة ، و ١٤٥١ في الوكالة .

الفصل الثاني

شكل العقد

الشكل عند القدماء

لم تكن التجارة والمعاملات الاقتصادية بين الناس في القديم ما هي عليه اليوم من النموّ والازدهار . ولم تكن في ذلك العصر مبنية على ما نعهده اليوم من الثقة المتبادلة والبساطة في التعاقد .

بل ثبت في الرأي السائد عند الباحثين في تاريخ الشرائع [١] ان العقود قديماً كانت شكلية معقدة ، وكان ينظر فيها الى الشكل واللفظ دون النية والقصد . حتى ان العاقدين اذا التبسا عقدهما شكلا معيناً او الفاظاً معينة ، صح العقد ولزم ، مهما كان قصدهما في الحقيقة ، ومهما كان في رضاهما من عيوب أو شوائب . وبالعكس اذا لم يراع العاقدان ذلك الشكل وتلك الالفاظ ، بطل العقد ولم يكن صحيحاً .

ويؤيد هذه الحقيقة التاريخية ما وصل الينا من شرح لاحكام العقود في قديم الشريعة الرومانية وفي عادات عرب الجاهلية .

ففي اقدم عقد روماني معروف ، وهو عقد القرض الشكلي المسمى « نكسوم » [٢] ،

---

(١) راجع في ذلك كتاب ماين « القانون القديم » (Maine's Ancient Law) ، في الباب التاسع . ومن الطريف ان نذكر رأياً مخالفاً للرأي السائد ذهب اليه احد المؤلفين الانكليز المعاصرين ، وهو الاستاذ دياموند (Diamond) ، في كتابه « قانون العصور الاولى » (Primitive Law) ، طبع لندن ، سنة ١٩٣٥ ، ص ٣٩١ وما بعدها .

(٢) Nexum . قال بعضهم كالعالم نيبور (Niehbur) ان النكسوم لم يكن عقداً ، بل كان نوعاً من طريقة الاشهاد (Mancipatio) التي استعملها الرومان لنقل الملك . ولكن الرأي المختار يقول بانه عقد ، وهو قول هوشكه (Hushke) وجيرار وغيرهم . انظر كتاب جيرار القانون الروماني (ص ٥٠٠) ، وكتاب بكلاند (Buckland) « القانون المدني الروماني » (Manual of Roman Private Law) طبع كامبردج ، سنة ١٩٢٥ رقم ١٠٠ .

كان يجب ان يحضر العاقدان مع حامـــل المـــيزان وخمسة شهود ، وكان يتلفظ العاقدان بحضور من ذكر بالفاظ لاتينية تقليـــدية مرسومة تدل عـــلى رغبة الارتباط والتعاقد . وكان حضور حامل الميزان رمزاً تقليـــديا باقياً من عـــادة وزن النقود في أول العهد بالتعامل والمبادلة .

ثم نشأ عند الرومان بعد ذلك عقود شكلية اخرى شفهية وخطية . مثاله عقد المشارطة الشفهي [١] . ففي ذلك العقد ، كما أوضحه غايوس [٢] كان الدائن يشافه المدين ويسأله بلغة لاتينية معينة : « هل تتعهـــد او هل تعد ؟ » . فيجيبه المدين بالفاظ مماثلة : « اتعهد أو أعد » [٣] . فيحصل بنتيجة هذه المحاورة وهذه المماثلة بين السؤال والجواب انعقاد العقد والارتباط بين الدائن والمدين .

وعلى الجملة ، فان العقـــد الخالي من الشكل والالفاظ المرسومة لم يكن عند الرومانيين القدماء نافذا ولا ملزماً ، او كما قال بولس الفقيه الروماني : « ان حق المداعاة لا ينجم عن الاتفاق المجرد بين الرعايا الرومانيين» [٤] .

ومن امثلة العقود الشكلية ما روي لنا عن بعض البيوع التي كانت معروفة في اسواق العرب ايام الجاهلية . وأهمها بيع الملامسة ، وبيع المنابذة ، وبيع الحصاة . وهي جميعاً قد الغاها الاسلام ، ونهى عنها النبي (ص) ، كما جاء في كتب الحديث المعتبرة . وقد اختلف في معرفة حقيقة هذه البيوع . وهناك أشهر تفسير لها [٥] : —

أولاً — بيع الحصاة . وقد فسّره ابن عبد البر بانه بيع تكون فيه الثيـــاب مبسوطة ، فيقول المشتري للبائع : « أي ثوب من هـــذه وقعت عليه الحصاة التي أرمي بها فهو لي بكذا » ، فيقول البائع « نعم » . ويكون ذلك ايضاً في بيـــع

---

(١) St ipulatio

(٢) راجع كتاب «الاحكام» ، الباب الثالث ، رقم ٩٢ــ٩٣ (Inst. , Gaius, 3, 92—93)

(٣) وهي في اللاتينيـــة للرومانيـــين : (Dari spondes ? Spondeo) ، وللاجانب (Promittis ? Promitto. Dabis ? Dabo . Fidepromittis ? Fidepromitto)

(٤) مسائل بولس ١٤ ، ١ (Paulus , Sententiae , 14 , 1)
« Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur » .

(٥) انظر في هذه البيوع : البخاري وشرحه للعيني (ج ١١ ص ٢٦٦ — ٢٦٧) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٢ ــ ٣) ، وشرحه للنووي (ج ١٠ ص ١٥٤ ــ ١٥٦) ، وموطأ الامام مالك بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣١٦) ، وبلوغ الارب في معرفة احوال العرب لمحمود شكري الالوسي (مصر ، ١٩٢٤ ، ج ١ ص ٢٦٤ ــ ٢٦٦) .

الارض بأن يقول البائع للمشتري : « بعتك من هذه الارض من هنا الى ما انتهت اليه هذه الحصاة » ، ثم يتبع قوله برمي الحصاة . ولهذا البيع تأويلات اخرى . منها ان يجعل الرمي بالحصاة بيعاً بنفسه . ومنها ان يكون الرمي علامة انتهاء الخيار للمشتري . ولا مجال لاطالة الكلام في هذه التأويلات .

ثانياً – بيع الملامسة . وهو كما جاء في صحيح مسلم بيع يتم بان يلمس كل من المتبايعين ثوب صاحبه بغير تأمل ، فيبيع كل منهما ثوبه بثوب الآخر باللمس بدون النظر . أو كما قال مالك والشافعي أن يأتي البائع بثوب مطوي ، او ان يأتي به ليلاً أو في ظلمة ، فيلمسه المشتري ، فيقول له البائع : « بعتك اياه بثمن كذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك » . ولبيع الملامسة تأويلات اخرى ايضاً . منها أن يجعل نفس اللمس بيعاً ، بأن يقول البائع للمشتري : « اذا لمست هذا الشيء فهو مبيع لك » . ومنها أن يجعل اللمس نهاية خيار المشتري ، أي علامة لزوم البيع عليه ، وانتهاء حقه بالرجوع عنه .

ثالثاً – بيع المنابذة . وهو بيع له تأويلات عديدة ، اشهرها ما رواه مسلم ومالك والشافعي . وشكله ان ينبذ (يطرح) كل من المتبايعين ثوبه الى الآخر ، من غير نظر ولا تراض ، ويقول كل واحد منهما : « هذا بهذا » ، فيكون النبذ وحده هو البيع .

ففي هذه البيوع جميعاً ، لم تكن العبرة للنية والرضى ، بل كانت للالفاظ المبينة على الوجه المرسوم ، وللاشكال المعينة ، من لمس او نبذ او رمي بالحصاة .

العقد الرضائي

كان الامر على ما قدمنا عند القدماء من الشعوب . غير ان ذلك تغير بتطور المدنية والحضارة وبازدهار التجارة والمبادلات الاقتصادية . فمنذ بدء التاريخ الميلادي ابتدأ الرومان يخلعون عن عقودهم الشكل والتعقيد ، واخذوا يدبعون البساطة فيها شيئاً فشيئاً ، حتى توصلوا الى إقرار فئة من العقود ، هي البيع والاجارة والشركة والوكالة ، سميت بالعقود الرضائية ، لانها تنعقد برضى الطرفين وحده .

ثم انتقل مبدأ العقد الرضائي كمبدأ عام الى القوانين الاوروبية وأصبح معروفاً

في فرنسا منذ القرن الثالث عشر للميلاد ، ثم رسخ وثبت وازداد في الرسوخ والثبات ، حتى انه في اوائل القرن السابع عشر كتب لوازيل الافرنسي في مجموعة القواعد العرفية بلغة أمثال ذلك العصر : « بان الرجال تربط بالكلام كما تربط البقر بالقرون ، وان الوعد والاتفاق البسيط يعدل المشارطات الرومانية »[١] .

ولما جاءت الشريعة الاسلامية ، كان العرف التجاري العالمي قد تحرّر من القيود الشكلية . فلا عجب اذن من ان نرى هذه الشريعة قد نبذت الشكل ، وأخذت بجوهر العقود ، واعتبرت ان الرضى وحده هو في الاصل الركن الكافي لانشاء العقود ، كما سنوضحه في الفصل القادم .

وهذا المبدأ لا يحتاج إلى اثبات ولا إلى ايضاح . فهو موجود في الجملة وفي جميع الكتب الفقهية ، ومقبول في جميع المذاهب المعتبرة . ولا يشذّ عنه الا بعض المستثنيات او أشباه المستثنيات القليلة التي سنأتي على ذكرها قريباً .

واننا نرى هذا الاصل نفسه في قانون الموجبات اللبناني ، حيث جاء فيه : « ان القواعد التي تطبق على صيغ العقود هي معينة لكل فئة منها . وحيث لا يوجد تعيين من هذا النوع يتم التعاقد بمجرد اتفاق الفريقين » (المادة ٢٢٠) . « ... وفي الاساس تتكون العقود بمجرد رضى المتعاقدينْ الاختياري ، فلا يتحتم ابرازها في اية صيغة رسمية الا بمقتضى نص من القانون يوجب استعمالها » (المادة ١٧١) . ففي كلتا الشريعتين اصل واحد هو الانعقاد بالاتفاق المجرد ، وفي كلتيهما لا يطلب الشكل الا استثناء .

المغنى في تفسير العقود

ان مبدأ العقد الرضائي في الشريعة الاسلامية من اوليات الاحكام . وانه مبني على نص من السنّة النبوية ، اصبح مثالا للتواتر ، وهو « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » . وهذا النص الشريف رواه الصحيحان وكتب السنن الاربعة وسائر المسانيد والمصنفات الموثوق بها .

---

(١) راجع ايضاً كتاب جوسران المذكور (ج ٢ رقم ١٥٠) : Institutes Coutumières, liv. III, tit. I, max. 2. « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ».

ولا بأس من ان نكررهنا ما يستتبعه هذا الحديث الشريف وما سبقت الاشارة اليه في غير هذا الموضع من ان شريعة الافعال والتصرفات والعقود جميعاً مبنية على القاعدة الكلية ان « الامور بمقاصدها » ، التي ذكرها السبكي في جمع الجوامع وذكرها اصحاب الاشباه والنظائر ومصنف المجامع وغيرهم ، والتي نقلتها مجلة الاحكام العدلية في صدر مقدمتها (المادة الثانية) [١] .

وقد اختلف الفقهاء في مسألة ترجيح المعنى او اللفظ او في ترجيح النية او الظاهر عند التعارض [٢] . ولكن الرأي السائد عند الحنفيين وغيرهم هو في جانب ترجيح المعنى على اللفظ ، الا اذا كان اللفظ صريحاً لا يحتمل التأويل . وهو ايضاً في جانب ترجيح النية على الظاهر ، الا اذا تعلق بالظاهر حق الغير او تعذرت معرفة النية ، فحينئذ يعمل بالظاهر اضطراراً وعلى سبيل الاستثناء .

وهذا ما أقرته المجلة في قواعدها الكلية ، حيث جاء فيها : « انه يحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته » (المادة ٦٨) ، وجاء في المادة الثالثة منها [٣] : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني . ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء » . وتفسير هذا المثل ان البيع بالوفاء عقد يقصد منه الى ابقاء المبيع تحت يد المشتري تأميناً لدينه . فهو ، وان كان لفظه بيعاً ، الا ان معناه الرهن . فيجري حكم الرهن فيه .

وامثلة اخرى من المجلة : معلوم في كفالة الدين ان الدائن « مخير في المطالبة وان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ... » (المادة ٦٤٤) ، أي ان المدين الاصيل لا يبرأ بوجود الكفيل . فعليه « لو اشترط في الكفالة براءة الاصيل تنقلب الى الحوالة » (المادة ٦٤٨) ، اي انه يجري فيها حكم الحوالة ، وان كان لفظها كفالة .

وبعكسه : « الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة . فلو قال أحد للمديون أحل بما لي عليك من الدين على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً ، فاحاله المديون على هذا الوجه ، فللطالب ان يأخذ طلبه ممن شاء » (المادة ٦٤٩) .

---

(١) راجع كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ، في فصل القصد في الافعال ، وهو الفصل الثالث من الباب الخامس في القواعد الكلية ، ص ٢٥٦ .

(٢) المبسوط (ج ٣٠ ص ١٧٢) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١١) .

(٣) والقاعدتان واردتان في منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق (ص ٣٢٠ و ٣٢٥) ، وغيره .

ومن أشباه ذلك ايضاً ما قاله ابن البزّاز ان « الوصاية حـال حياته وكالة ، والوكالة بعد موته وصاية ، لأن المنظور المعاني »[١] . ومعناه انه اذا عيّن أحد غيره وصياً لتعاطي اموره في حياته يكون وكيلا بحسب معناه ، لا وصياً بحسب لفظه ، لان الوصاية لا تكون إلا لما بعد الموت . ومثله لو كان التعيـين في الوصية بلفظ الوكالة ، فيعتبر المعنى ويكون المعين وصياً لا وكيلا رغم لفظ الوكالة .

وكذلك العقد الذي جاء بلفظ الهبة مع ذكر البدل يعتبر بيعاً ، والعقد الذي جاء بلفظ الاعارة مع اشتراط الاجرة المعلومة يعتبر اجارة . ففي هـذه الاحوال وما اشبه ، يفسّر العقد وَفق معناه لا وفق لفظه .

وقد اختلف في عكس هذه الامثلة . فقال الحنفيون وغيرهم ، استثنـاء من القاعدة التي ذكرنا ، ان البيع بدون ثمن باطل ولا يكون هبة ، وان الاجارة بدون اجرة باطلة ولا تكون اعارة . وقد علل بعضهم ذلك في الاعارة مثلاً ان معـنى الاجارة موجود فيها ، ولكن الاجارة فيها معنى الاعارة ، « لانها تفيد العوض ، والاعارة تفيد عدمه »[٢] .

ونحن لا نرى مبرراً لهذه المستثنيات ، ونرى ان يترك الامر الى تقدير القاضي في معرفة نية المتعاقدين في جميع الاحوال على الاطلاق . فيكون ذلك أقرب الى روح الشريعة وحقيقتها . وعلى كل ، ففي هذه المستثنيات نفسها خـلاف وتردد عند بعض الفقهاء[٣] .

وعلى الرغم من هذه التفصيلات الاجتهادية الفرعية ، يبقى الاصل في الشريعة الاسلامية ان العقد مبناه القصد الحقيقي . ولقد صدق ابن القيّم الجوزية في تصوير ذلك حينما قال : « ان الاعتبار في العقود والافعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر الفاظها وافعالها ... وان القصد روح العقد ومصححه ومبطله . فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الالفاظ . فان الالفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي الـتي تراد لنفسها ... وقد تظاهرت ادلة الشرع وقواعده على ان

---

(١) الفتاوى البزازية ، ج ٢ ص ٤٤٩ (بهامش الهندية) .

(٢) البزازية (ج ٢ ص ٥) ، والبحر الرائق (ج ٦ ص ٢٢٠) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨١ ـ ٨٢) .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١١٢ ـ ١١٣ .

القصود في العقود معتبرة ، وانها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حلّه وحرمته .. وان المتعاقدين ، وان أظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن ، فالعبرة لما اضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد ، وقد أشهدا الله على ما في قلوبهما ، فلا ينفعهما ترك التكلم به حالة العقد ، وهو مطلوبهما ومقصودهما ... »[1] .

وبعد ، فانت ترى ان هذا المبدأ هو هو ما أقرته القوانين العصرية وما نص عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني من ان « على القاضي في الاعمال القانونية ان يقف على نية الملتزم (إذا كان الالتزام من جانب واحد) ، أو على قصد المتعاقدين جميعاً (إذا كان هناك تعاقد) ، لا ان يقف عند معنى النص الحرفي » (المادة ٣٦٦)[2] .

المستثنيات الشكلية في الشريعة الاسلامية

ان من الاحوال ، خلافاً للاصل الذي قدمنا ، ما يكون فيها الشكل ضرورياً لصحة العقد او تكون العبرة فيها للفظ دون المعنى ، وذلك نظراً الى اهمية العقد في تلك الاحوال او الى اعتبارات اخرى خاصة . وهذه المستثنيات نجدها في الشريعة الاسلامية كما نجدها في غيرها من القوانين . ونحن نكتفي هنا باهمها : —

اولا — عقد الزواج .

ان الزواج اساس العائلة وركن المجتمع بلا مراء . وهو بما يترتب عليه من نتائج شرعية ، كالنسب والنفقة وما الى ذلك ، يعتبر بحق من اهم العقود والتصرفات . فلا عجب اذن من أن نرى معظم الشرائع قديماً وحديثاً تعتني به ، وتتطلب لصحته بعض الشروط الشكلية وغير الشكلية .

وفي الرأي السائد في المذاهب الاسلامية ، لا يصح عقد الزواج الا بشهود . ويجب لذلك عند الشافعي واحمد بن حنبل والاوزاعي والنخعي والشيعة الزيدية وغيرهم شهادة رجلين ، ولا تقبل فيه شهادة النساء . وعند الحنفيين والشعبي تقبل شهادة رجلين ، او رجل وامرأتين . وقال أهل الظاهر لا يتم الزواج الا باعلان

---

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ص ٨٢ و٨٣ و٩٦ .

(٢) راجع بمعناه المادة ١١٥٦ من القانون المدني الفرنسي .

عام ، أو بشهادة رجلين أو بشهادة رجل وامرأتين ، أو بشهادة اربع نسوة عدول .

وقد شذّ عن جمهور الفقهاء الامام مالك وفقهاء الشيعة الامامية وغيرهم ، وقالوا بان الاشهاد ليس من شروط الانعقاد في الزواج ، بل يستحب فيه الاعلان على سبيل الندب دون الاشتراط . وروي عن ابي ثور انه قال ايضاً بعدم لزوم الاشهاد لصحة هذا العقد ، وانه كالبيع وباقي العقود يصح من غير اشهاد [1] .

ثانياً — الهزل في بعض التصرفات .

ان الاصل في التصرفات والعقود ان الهزل لا عبرة به ، لانه ينفي القصد والنية . ولكن لهذا الاصل مستثنيات هي الزواج ، والعتاق [2] والطلاق والرجعة [3] . فقد جاء في الحديث الشريف : « ثلاثٌ جِدّهن جدّ وهزلهن جدّ : النكاح والطلاق والرّجعة » [4] . وروي عن النبي (ص) وعن الصحابة مثل ذلك ، مع اضافة العتاق الى ما ذكرنا [5] .

والهازل هو « الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته ، بل على وجه اللعب » . فاذا تزوج الهازل او طلق زوجته او أعادها بعد الطلاق الرجعي او أعتق عبده ، ففي جميع ذلك يكون تصرفه صحيحاً لازماً كما لو كان جاداً . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء المسلمين ، وعللوا هذا الحكم بان هذه التصرفات تعلق فيها حق الله ، ولا يجوز فيها الهزء واللعب ، عملاً بقوله تعالى في كتابه الكريم : « ولا

---

(١) راجع في هذه المذاهب المختلفة : الهداية (ج ١ ص ١٤٩) ، وشرح الحطاب وبهامشه شرح المواق على سيدي خليل (ج ٣ ص ٤٠٨) ، والمهذب (ج ٢ ص ٤٢) ، والمغني (ج ٧ ص ٣٤٠ — ٣٤١) ، والروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير لشرف الدين الحيمي (ج ٤ ص ٢١ — ٢٢) ، والمحلى (ج ٩ رقم ١٨٢٨) ، والعروة الوثقى للطباطبائي (ج ٢ ص ٣٤٤ — ٣٤٥) ، وشرائع الاسلام (ص ١٦٦) ، والمادة السابعة من القانون المصري للاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

(٢) وهو عتق الارقاء وخروجهم من الرق .

(٣) اعادة الزوج زوجته بعد الطلاق الرجعي .

(٤) رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه . انظر سنن ابي داود (ج ٢ رقم ٢١٩٤) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٣٤٥١) .

(٥) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٠٩ .

تتخذوا آياتِ الله هزُواً »[1] . أضف الى ذلك ان هذه التصرفات ، لا سيما الزواج ، والرجعة ، لا يتصور فيها الهزل في الواقع ، لما في الاقـــدام عليها من عزم وترو وتحضير .

وقد روي عن طائفـــة من الفقهاء انهم خالفوا في بعض المسائل . فقيل ان الشافعي في احدى الروايتين عنه قال بان النكاح لا ينعقد مع الهزل[2] . وقيل ان بعض الفقهاء قالوا بان طلاق الهازل لا ينعقد ، واستدلوا بالآية الكريمة « وان عزموا الطلاق »[3] ، والعزم يعني الجد والهازل لا عزم منه[4] .

ثالثاً — رأينا في الفصل السابق ان عقـــود التبرع في بعض المذاهب لا تتم بالاتفاق وحده ، بل يجب فيهـــا القبض ايضاً . وكذلك يجب القبض في بعض العقود كالرهن مثلاً .

فقد جاء في المجلة انه « ينعقـــد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن . لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم ، فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم . (المادة ٧٠٦) . وكذلك في القانون اللبناني يجب التسليم لتمام رهن الاشيـــاء المادية[5] .

رابعاً — سنرى في الفصل القادم ان شروط الصيغة في الايجاب والقبـــول ليست مبدئياً من الشكل والتعقيد بشيء . غير انه في بعض الاحوال الاستثنائية يطلب لانعقاد بعض العقود والتصرفات المهمة ، كالزواج والوقف وغيرهما ، الفاظ

---

(١) سورة البقرة (٢) ، ٢٣١ . انظر البحر (ج ٣ ص ٢٤٤ — ٢٤٥) ، وشرح الزيلعي (ج ٢ ص ١٩٥) ، وشرحي الحطاب والمواق (ج ٤ ص ٤٠ و ٤٤) ، والقوانين الفقهيـــة لابن جزي (ص ١٩٥ و ٢٣٠) ، والمهذب (ج ٢ ص ٨٦) ، والمغني (ج ٧ ص ٤٣١ ، وج ٨ ص ٢٧٩) ، والروض النضير (ج ٤ ص ١٤٩) ، واعلام الموقعين في الموضع المذكور ، وشرح العيني على البخاري (ج ٢٠ ص ٢٥١) .

(٢) الوجيز ، ج ٢ ص ٥٦ .

(٣) البقرة (٢) ٢٢٧ .

(٤) نيل الاوطار ، ج ٦ ص ٢٠٠ .

(٥) المادة الثالثة من المرسوم الاشتراعي ذى العـــدد ٤٦ الصادر في ٢٠ تشرين الاول سنة ١٩٣٢ ، الملحق بقانون الموجبات والعقود ، والمصدق بقرار المفوض السامي ذى العـــدد ١٥٤ المؤرخ في ٧ تشرين الثاني سنة ١٩٣٢ .

معينة تعتبر وحدها كافية للدلالة على النية والقصد . وهي معروفة ومفصلة في كتب العقود الخاصة ، ولا نتوقف عندها في هذا المعرض .

المستثنيات الشكلية في القوانين العثمانية واللبنانية

ليس يتسع المجال لحصر العقود الاستثنائية التي اوجب فيها القانون العثماني ثم القانون اللبناني شروطاً شكلية معينة . ولكن إذ كان هذان القانونان قد عدلا احكام المجلة من هذه الناحية ، وكانا نافذين في هذه البلاد وغيرها ايضاً ، لم نرَ بأساً من ان نأتي على ذكر أهم المستثنيات فيهما ، دون حصر ولا اسهاب .

اولاً — الحقوق العينية العقارية .

لا شك في ان العقارات كانت ولا تزال اساس الثروة الثابتة . لذا كان الاهتمام بها معقولاً وضروريا . فالدولة العثمانية وضعت لها انظمة خاصة ، واشترطت لنقل الملك فيها شروطاً شكلية معينة . مثاله الارادة السنية الصادرة في ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٠ هـ [١] منعت سماع دعوى بيع العقار أو شرائه اذا كان العقد بسند عادي ، وأوجبت ان يكون البيع والشراء بسند طابو بعد معاملة رسمية في دوائر الدفتر الخاقاني للتمليك [٢] .

وكذلك في فرمان عام ١٨٦٤ ، المعروف بنظام جبل لبنان القديم [٣] ، لا عبرة بالصك العادي المتعلق بفراغ وانتقال العقارات ، بل يجب ليكون نافذاً ان يسجل في سجل محكمة القضاء ، وفاقاً للمادة الثانية عشرة من هذا النظام .

وأخيراً نصت أنظمة السجل العقاري في سوريا ولبنان [٤] على ان العقود المتعلقة بانشاء أو نقل أو تغيير أو اسقاط الحقوق العينية الواقعة على عقار لا يكون لها مفعول حتى بين المتعاقدين الا من تاريخ قيدها في السجل العقاري . وأنت ترى ان هذا الشكل لا يجب لنفاذ العقد تجاه الغير فحسب ، بل يجب لنفاذه

---

(١) الموافق ١٧ ايلول سنة ١٣١٨ مالية ، أو ١٩٠٢ ميلادية .

(٢) انظر شرح علي حيدر في التوطئة السابقة للمادة ١٦٦٠ من المجلة .

(٣) هو الفرمان الصادر في ١٤ ربيع الثاني سنة ١٢٨١ هـ ، ويتألف من ثماني عشرة مادة .

(٤) المادتان ١٠ و١١ من القرار ذي العدد ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ المعدل بالقرار ٤٥ ل.ر. الصادر في ٢٠ نيسان سنة ١٩٣٢ .

بين المتعاقدين ايضاً .

وقد طبق قانون الموجبات والعقود اللبناني هذا المبدأ على عقد البيع والوعد بالبيع (المادتان ٣٩٣ و ٤٩٨) ، وعقد الهبة والوعد بالهبة (المادتان ٥١٠و٥١١). ثم في عقد الاجارة ايضاً : « اذا كانت مدة ايجار العقار تجاوز ثلاث سنوات ، فلا تعتبر بالنظر الى شخص ثالث الا اذا سجل عقد الايجار في السجل العقاري » (المادة ٥٤٣) ، على الرغم من ان هذا العقد لا ينتج حقاً عينياً .

ثانياً – الوقفيات .

في الرأي الحنفي المختار لا يعمل بمجرد حجـــة الوقف ولا بالوقف المسجل في الدفتر السلطاني بدون اثبات بالبيّنه الشرعية ، لان الاصل ان لا يعتمد على الخط . ولكن الاستحسان جوّز العمل بالوقفيات المرسومة في ديوان القضـــاة المعروف بالسجل[1]. وبهذا اخذت المجلة ، حيث جاء فيها : « لا يعمل بالوقفيات فقط. ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه ، فتكون معمولاً بها على ذلك الحال » (المادة ١٧٣٩) .

وعلى اثر ذلك صدرت الارادة السنية العثمانية في ٤ جمادى الآخرة سنة ١٢٩٦ بنشر تعليمات معينة ، نظمتها جمعية المجلة بخصوص تنظيم السندات الشرعية الـــتي يجوز العمل والحكم بمضمونها بلا بينة .

واخيراً جاء في قانون الملكية السوري اللبناني[2] انه لا يكون للوقف مفعول قانوني الا ابتداء من يوم قيده في السجل العقاري (المادة ١٧٦) .

ثالثاً – الوصية لغير المحمديين .

ان الوصية ، اي التمليك المضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، لاتخضع لشروط شكلية في الشرع الاسلامي . ولكن قانون الوصية اللبناني الصادر في ٧ اذار سنة ١٩٢٩ ، الذي أجاز لغير المحمديين خلافاً للشرع الاسلامي حرية الايصاء من حيث جواز الوصية لوارث ومن حيث الحصة التي يجوز الايصاء بها ، هـذا القانون اوجب لصحة الوصية ان تسجل او يصدق عليها من قبل الكاتب العـدل او رئيس

---

(١) الفتاوى الخيرية (ج ١ ص ١١٩ و ١٢٣) ، وتنقيح الحامدية (ج ١ ص ١٢٥).
(٢) وهو القرار ذو العدد ٣٣٣٩ الصادر في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ .

المحكمة او المطران بحضور اربعة شهود وفاقاً لشروط شكلية مرسومة [١]. ولا تكون الوصية نافذة ولا صحيحة بدون استيفاء هذه الشروط.

رابعاً - القوانين الخاصة.

بعض القوانين الخاصة توجد صيغ معينة لصحة بعض العقود والاعمال القانونية. ومن ذلك ما نراه في قانون التجارة من قواعد شكلية مطلوبة في بعض التعهدات والحوالات، كالسفتجة والسند للامر «والشك» وغيرها [٢]. ونحن لا نرى هنا مجالاً لذكر جميع هذه الاحوال الخاصة ولا لتفصيلها.

وملاحظة اخيرة هامة: وهي ان هذه الشروط الشكلية وما اليها جميعاً واجبة لصحة العقد نفسه. وينبغي ألاّ نعدّ منها او ان نخلط بها قواعد البينات الخطّية التي أوجبتها معظم القوانين الحديثة لاثبات بعض العقود المدنية، على ما اوضحناه في غير هذا الموضع [٣]. ففي مثل هذه الاحوال لا تطلب هذه الشروط إلا لاثبات العقد، ولا تأثير لها على صحته، بل هو يعدّ موجوداً صحيحاً بدونها، ويمكن اثباته بالاقرار دائماً.

---

(١) في المادة الخامسة من القانون المذكور، المعدلة بالمرسوم الاشتراعي رقم ٣١٥ الصادر في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٩٤٣، وبقانون ١٨ شباط سنة ١٩٤٦.

(٢) راجع قانون «الشك» العثماني الصادر في ٢٤ جمادى الاولى سنة ١٣٣٢، الموافق ٧ نيسان سنة ١٣٣٠ مالية أو ١٩١٤ ميلادية، والمواد ٧٠ وما بعدها من قانون التجارة العثماني، والمواد ٣١٥ و٤٠٣ و٤٠٩ وما بعدها من قانون التجارة اللبناني.

(٣) في الفصل الرابع من الباب الخامس من كتابنا «فلسفة التشريع في الاسلام» ص ٢٨٢.

الفصل الثالث

الرضى

البند الاول

الايجاب والقبول

التعريف

ان الركن الاساسي لكل عقد هو رضى المتعاقدين . والرضى هو ارتباط الايجاب بالقبول . ومعنى الايجاب لغة الاثبات ، واصطلاحاً العرض الصادر من حد الفريقين لانشاء العلاقة الالزامية . اما القبول فهو الموافقة على هذا الايجاب الصادرة من الفريق الآخر .

وبتعريف المجلة : « الايجاب اول كلام يصدر من أحد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف . والقبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يتم العقد » (المادتان ١٠١ و١٠٢) .

فعلى هذا التعريف ملاحظات ثلاث : –

الاولى – ان كلمة « كلام » الواردة فيه تدعو الى الالتباس ، لانه يتبادر منها الى الذهن ان الايجاب والقبول لا يحصُلان الا بالقول ، مع أننا سنرى انهما يكونان ايضاً بغير الكلام ، كالكتابة والاشارة والتعاطي وغيرها .

الثانية – ان استعمال كلمة « انشاء » يدل على ان الالفاظ الموضوعة لمجرد الاخبار لا تكفي للالتزام . فصيغة الماضي مثلاً مقبولة اذا كانت بمعنى الانشاء وقت التعاقد ،لان الاصطلاح الشرعي والاستعمال العرفي سارا على ذلك ،ولكنها لا تكون

ايجاباً ولا قبولا اذا استعملت بمعنى الاخبار عن امر حصل في الماضي .

الثالثة - قالت المجلة ان الايجاب هو الكلام الاول والقبول الكلام الثاني . فيفهم من ذلك انها افترضت الحالة التي يكون فيها الايجاب سابقاً للقبول . وقد استنتج شراحها [1] بانها اختارت رأي الفقهاء الحنفيين القائلين بان العقد لا ينعقد اذا صدر الايجاب والقبول في وقت واحد . وهو الرأي المروي عن القهستاني [2] ، وقد رجحه بعض المتأخرين من الفقهاء [3] .

وثمة رأي آخر يقول بجواز صدور العرض والقبول بآن واحد . وهو رأي معقول لان الاصل في العقود الرضى ، فمتى حصل الرضى بارتباط الايجاب والقبول انعقد العقد ، سواء أكان بينهما فاصل أم لم يكن . وقد قال بهذا الرأي الثاني مصنّف الخلاصة كما نقل في الفتاوى التتارخانية ، ورجّحه ابن نجيم وغيره [4] ، وذهب اليه بعض علماء الغرب [5] .

وانت ترى ان هذا الخلاف نظري في الواقع ، لانه يصعب بل يندر جداً ان يحصل الايجاب والقبول بآن واحد . فالعقود تستلزم في غالب الاحيان مساومات متبادلة . ولا يتصوّر ان يقبل المرء بامر قبل ان يعلمه ويفكر فيه . فمن الطبيعي والمعتاد ان يكون العرض في الواقع سابقاً للقبول .

ارتباط الايجاب بالقبول

ان الرضى هو ارتباط الايجاب بالقبول . فاذن كل من الايجاب والقبول يؤلف شطراً من الرضى ، ولا بدّ من تعلق احدهما بالآخر لاجل حصول الانعقاد . ومن هذا الضابط يتفرع ان كلّا من هذين الشطرين لا يكفي وحده للالتزام ، وان

---

(١) انظر شرح علي حيدر تحت المادة ١٦٧ ، ومن نقل عنه من الشراح .

(٢) راجع الحاشية المسماة منحة الخالق على البحر الرائق ، لابن عابدين ، المطبوعة بهامش البحر ، ج ٥ ص ٢٦٧ .

(٣) راجع مثلا مجمع الأنهر ، لداماد افندي (المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ) ، ج ٢ ص ٤ .

(٤) البحر الرائق وبهامشه منحة الخالق ، ج ٥ ص ٢٦٧ .

(٥) مثلا المستر ستيفن في كتاب شرح القوانين الانكليزية ، ج ٣ ص ١٤ ــ ١٥ :
Stephen's Commentaries of the Laws of England , Vol.III, p. 14 - 15 .

الموجب من المتعاقدين له الخيار في الرجوع عن ايجابه قبل ان يتعلق به القبول ، وان العاقد الآخر مخيّر بقبول العرض او برفضه . وهاك ايضاح ذلك [١] .

اولاً – ان الايجاب وحده لا يكفي للانعقاد ، لان المشيئة المنفردة لا تكون في الاصل سبباً للالتزام ، الا في المستثنيات التي مرّت معنا سابقاً. فعليه يجوز دائماً لصاحب الايجاب في الشرع الاسلامي ان يرجع عنه قبل تعلقه بقبول العاقد الآخر .

وهذا الاصل مقبول في معظم الشرائع القديمة والحديثة . على ان بعض الشرائع الحديثة ، كالقانون المدني الالماني (المادة ١٤٥) ، اعتبرت ان من يعرض على آخر انشاء عقد ملزم بعرضه هذا ، الا اذا اشترط لنفسه حرية الرجوع .

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فانه ذهب مذهباً وسطاً . فبعد ان نصّ على ان الايجاب لا يلزم صاحبه في الاصل ، بمعنى انه يستطيع الرجوع عنه إذا شاء ، زاد على هذا النص بان الامر يكون على خلافه عندما يتحصل من ماهية الايجاب أو من الظروف التي صدر فيها أو من نص القانون ان صاحب الايجاب كان ينوي الزام نفسه ، كما في الايجاب المقرون بمهلة صريحة ، أو الايجاب بالمراسلة أو في الأمور التجارية ، أو إذا كان وعداً بمكافأة (المادة ١٧٩) .

ثانياً – ان الطرف الموجه اليه الايجاب مخيّر بين قبوله وردّه . ولم أرَ في الشرع الاسلامي استثناء من هذا الاصل على الاطلاق .

غير ان القانون اللبناني ، وان كان قد اثبت المبدأ بان من يوجه اليه العرض حرّ في رفضه ولا يتحمل تبعة ما بامتناعه عن التعاقد ، الا انه أتبعه باستثناء طريف ، متأثراً في ذلك بنظرية سوء استعمال الحقوق . وهذا الاستثناء يتعلق بحالة من يضع هو نفسه في معرض من شأنه استدراج العرض ، « كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق وصاحب المطعم ، أو رب العمل تجاه العمال . ففي هذه الحالة يجب ان يسند امتناعه عن التعاقد إلى اسباب حرية بالقبول ، والا كان امتناعه استبدادياً وجاز ان تلزمه التبعة من هذا الوجه » (المادة ١٨١) .

---

(١) انظر في باب البيع مثلاً : البدائع (ج ٥ ص ١٣٤) ، والهداية (ج ٣ ص ١٧) .

شروط القبول

ان القبول هو الشطر الثاني للرضى . فبارتباطه مع الايجاب يحصل الانعقاد ويتم العقد، ولكن بشروط يجب استيفاؤها . وها هي[1] : —

اولا — ينبغي ان يصدر القبول قبل سقوط الايجاب. ويسقط الايجاب برجوع صاحبه عنه أو بوفاته ار بفقدانه الاهلية بالجنون أو الاغماء او غيرهما ، وذلك كله قبل قبول الطرف الآخر .

ويعد من نوع الرجوع الضمني ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر كما سنرى ، أو تكرار الايجاب قبل القبول . مثاله قالت المجلة في عقد البيع : « تكرار الايجاب قبل القبول يبطل الاول ، ويعتبر فيه الايجاب الثاني . فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الشيء بمائة قرش ، ثم بعد هذا الايجاب وقبل ان يقول المشتري قبلت رجع فقال بعتك اياه بمائة وعشرين قرشاً وقبل المشتري ، يلغو الايجاب الاول وينعقد البيع على مائة وعشرين قرشاً » (المادة ١٨٥) .

وبصورة عامة « لو صدرت من احد المتعاقدين بعد الايجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الاعراض بطل الايجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك . مثلاً لو قال احد المتعاقدين بعت واشتريت واشتغل الآخر قبل القبول بامر آخر أو بكلام اجنبي لا تعلق له بعقد البيع ، بطل الايجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعده ، ولو قبل انفضاض المجلس » (المادة ١٨٣) .

وكذلك يسقط الايجاب بهلاك المعقود عليه أو تغييره قبل القبول. ويسقط أخيراً برفض القبول مرة اولى ، بمعنى ان الطرف الآخر اذا رفض العرض الموجه اليه ، فلا يمكنه ان يقبل مرة أخرى الا بعرض جديد ، لان رفضه الاول اسقط الايجاب ، « والساقط لا يعود » .

ثانياً — في الرأي السائد ، لا يصح القبول الواقع بعد الايجاب بفاصل يتحصل

---

(١) راجع هذه الشروط في عقد البيع ايضاً : في البدائع (ج ٥ ص ١٣٥—١٣٧) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٣ و٩—١٠) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٤٠—٢٤١) ، والمجموع شرح المهذب (ج ٩ ص ١٦٩—١٧٠) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (بذيل المجموع ج ٨ ص ١٠٤—١٠٥) .

منه عدم التراضي .

وقد اختلف في تحديد هذا الفاصل . فالشافعيون قالوا بانه يجب ان يكون يسيراً . وقال المالكيون ان الفاصل الذي يمنع الانعقــاد هو الذي يتحصل منه الاعراض ولا يكون فيه القول جواباً للايجاب في العرف . وقال الحنفيون لا بأس بالفاصل الطويل في نفس المجلس . مثاله قالت المجلة في باب البيع : «لو أوجب احد المتبايعين البيع في مجلس البيع ، بان قال بعت هذا المال أو اشـــتريت . ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعت ، بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ، ينعقد البيع وان طالت تلك المدة » (المادة ١٨٢) . وحجتهم في ذلك ان القبول يحتاج عادة الى التأمل والتفكير .

ومن فروع هذا الخلاف بين الفقهاء خلافهم ايضاً في مسألة التبايع أثناء السير . ولكن جمهور الفقهاء قالوا بصحته ، بشرط ان يخرج الايجاب والقبول متصلين .

ثالثاً – يشترط ان يصدر القبول ممن وجّه اليـه العرض لا من شخص آخر ، وان يعلم العاقدان كل منهما برضى الآخر .

رابعاً – من شروط الرضى ان يكون القبول موافقاً للايجاب . فان اختلفا ، انعدم الرضى وانعدم الارتباط . ومثل من المجلة في عقد البيع : « اذا اوجب أحد المتعاقدين ببيع شيء ، يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجــــه المطابق للايجاب ، وليس له تبعيض الثمن أو المثمن (المبيع) وتفريقهما . فلو قــال البائع للمشتري بعتك هذا الثوب بمائة قرش مثلا ، فاذا قبل المشتري البيع على الوجـــه المشروع أخذ الثوب جميعه بمائة قرش ، وليس له أن يقبل جميعه أو نصفه بخمسين قرشاً . وكذا لو قال له بعتك هذين الفرسين بثلاثة آلاف قرش وقبل المشـــتري يأخذ الفرسين بالثلاثة آلاف ، وليس له ان يأخـــذ احدهما بألف وخمسماية قرشاً » (المادة ١٧٧) .

وبمعناه ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني انه « لا يكون القبول فعلياً منشئاً للعقد الا اذا كان مطابقاً كل المطابقــة للعرض ، اذ انه جواب له . امـــا الجواب المعلّق بشرط أو بقيد ، فيعد بمثابـــة رفض للعرض مع اقتراح عرض جديد » (المادة ١٨٢) .

خامساً – يجب ان يكون القابل شخصاً غير الموجب ، أي غير من صدر عنـه

الايجاب ، لأنه لا يجوز لشخص واحد ان يتولى طرفي العقد ، أو بعبارة البدائع « لا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين » .

ولكن لهذا الاصل مستثنيات . ففي الاستحسان عند الحنفيين وفي قول بعض الشافعيين وغيرهم ، للاب ان يشتري مال ولده الصغير أو ان يبيع ماله بمثل قيمته او بما يتغابن فيه الناس عادة . ويتم العقد في ذلك بايجاب الوالد فقط ، ويقوم ايجابه مقام القبول ايضاً ، باعتبار الاب أصيلاً في حق نفسه ، ونائباً عن طفله . ولكن يجب في الحالة الاولى ، أي حالة البيع ، ان ينصب القاضي وكيلاً لقبض الثمن باسم الصغير .

ويبرّر هذا الاستثناء ما يفترض في الأب عادة من حسن الاهتمام باولاده وكمال الشفقة نحوهم . وكذلك للاب ان يبيع مال احد ولديه الصغيرين من الآخر . ولكن لا يجوز ذلك للقاضي ولا لوصي الاب في الرأي المختار [1] .

مجلس العقد

ان مجلس العقد هو الاجتماع الواقع لاجل التعاقد [2] . ويعتبر قيام احد العاقدين عن هذا المجلس مبطلاً للايجاب ، لان القيام دليل الرجوع اذا كان من جانب الموجب ، ودليل رفض القبول اذا كان من الجانب الآخر . وكما قلنا آنفاً ، يحق لكل من الطرفين ان يرجع عما عرضه على الاخر ، ما دام الآخر لم يقبل به ، ويسمّى هذا خيار المجلس .

فلذا اشترط الفقهاء اتحاد المجلس في الايجاب والقبول [3] ، واشترطته المجلة في البيوع وفي عقد الاجارة [4] ، ويمكن تعميم اشتراطه في جميع العقود المماثلة .

هذا لا خلاف فيه بين المذاهب [5] . انما الخلاف ، فقد كان في مسألة حق

---

(١) درر الحكام (ج ٢ ص ١٤٣) ، والدر المختار وشرحه رد المحتار (ج ٤ ص ٢٤) ، والبدائع والمجموع (في الموضع المذكور) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٠) .

(٢) راجع في عقد البيع المادة ١٨١ من المجلة .

(٣) البدائع ، ج ٥ ص ١٣٧ .

(٤) في المادتين ١٨٢ و ٤٤٥ منها .

(٥) المغني ، ج ٤ ص ٧ .

المتعاقدين بالرجوع عن العقد بعد القبول وقبل نهاية المجلس . ويعود ذلك الى اختلاف الفقهاء في تفسير الحديث الشريف : « البيعان أو المتبايعان بالخيار ما لم يتفرّقا » [1] . وهذا الحديث ، وان كان وارداً في البيع ، الا ان حكمه ثابت في غير البيع من عقود المعاوضة المحضة ، كالبيع والسّلم والصرف والاجارة واحياناً الصلح والقسمة وما أشبه [2] .

فبعض الائمة تمسكوا بنص الحديث الحرفي ، وفسّروا كلمة التفرق الواردة فيه بمعنى التفرق بالابدان ، واجازوا لكل من المتعاقدين ان يرجع عن العقد بعد القبول ما داما لا يزالان في المجلس ، واسموا هذا الخيار خيار المجلس أيضاً . وقد قال بذلك كثير من الصحابة والائمة الشافعي وابن حنبل وابو يوسف والطبري وأهل الظاهر وغيرهم .

وقال بعض هؤلاء ان عقد البيع وما ألحق بـه من العقود لا تلزم الا بتفرّق العاقدين بابدانهما أو بتخايرهما . ومعنى ذلك ، بعبارة ابن حزم : « ان لكل واحد منهما (قبل افتراقهما) ابطال ذلك العقد أحبّ الآخر أم كره ، ولو بقيا كذلك دهرهما ، إلا أن يقول احدهما للاخر ... اخترْ أن تمضي البيع أو تبطله . فان قال قد أمضيته ، فقد تم البيع ، تفرقا أو لم يتفرقا ، وليس لهما أو لاحدهما فسخه » [3] .

والى هذا ايضاً ذهب الامام الاوزاعي ، ففسّر التفرق بتفرق الابدان ، الا في مستثنيات ثلاثة ، هي مزايدة الغنائم وقسمة الميراث بين الورثة وقسمة التجارة بين الشركاء .

غير ان هذا المذهب الاول لم يقبل به الامام ابو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن والامام مالك وربيعة والنخعي وغيرهم . فهم قد اعتبروا ان المقصود من التفرق هو التفرق بالاقوال ، واجازوا للفريقين الرجوع عن العقد في المجلس حتى القبول ، ومنعوه بعد القبول ابداً . أو بعبارة أخرى ينقطع عندهم خيار المجلس بارتباط الايجاب

---

(١) حديث روي في الصحيحين البخاري (بشرح العيني ، ج ١١ ص ١٩٣) ومسلم (ج ٥ ص ١٠) ، وفي سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٥٤ — ٣٤٥٩) ، والترمذي والنسائي ومسند احمد (انظر الجامع الصغير للسيوطي ج ١ رقم ٣٢٢٣) ، وفي موطأ مالك (شرحه تنوير الحوالك للسيوطي ج ٢ ص ٧٩) ، وفي مسند الشافعي (بهامش الام ج ٦ ص ١٥٠) ، وغيرها.

(٢) الوجيز (ج ١ ص ١٤١) ، والفروق (ج ٣ ص ٢٦٩) .

(٣) المحلى ، ج ٨ رقم ١٤١٧ .

بالقبول .

وحجة من ذهب الى هذا الرأي الثاني هي أن اثبات خيار المجلس لأحد المتعاقدين بعد القبول يستلزم ابطال حق الآخر ، ويناقض الايات الكريمة التي امرت بالوفاء بالعقود . وروي عن مالك انه قال : « البيع كلام ، فاذا اوجبا (اي المتبايعان) البيع بالكلام وجب البيع ، ولم يكن لاحدهما ان يمتنع مما قد لزمه » . وروي عنه ايضاً انه ترك العمل بالحديث الذي ذكرنا مستنداً بذلك الى اجماع اهل المدينة . وكذلك ادعى بعض اصحابه الى هذا الحديث منسوخ [١] . واخيراً روي عن ابي حنيفة انه قال ردّاً على اخصامه : « أرأيت ان كانوا (اي المتعاقدون) في سفينة ، فكيف يفترقون ؟ » [٢] .

وبعد ، فهذا الرأي الثاني عملي منطقي . وهو أقرب الى النظريات العصرية ، واوفق لحاجات الناس في معاملاتهم . ولا شك في ان الاخذ بالرأي الاول يعيدنا الى عصر العقود الشكلية ، لانه يتمسك بوجوب التخاير الذي اوضحنا ، او يتمسك كما اشار ابن عمر [٣] بوجوب ترك المجلس قليلاً بعد القبول ثم الرجوع اليه . وفي هذا كله ما فيه من الحرج والتقييد ومن عدم الفائدة العملية [٤] .

كيف يحصل الايجاب والقبول

ان الغاية من الايجاب والقبول اظهار القصد والرضى . لذا كان اظهار ذلك جائزاً صراحة أو دلالة ، بطرق شتى . فالصراحة تكون بالقول او بالكتابة او

---

(١) المدونة الكبرى (ج ١٠ ص ٢٠) ، وشرح الزرقاني على موطأ مالك (ج ٣ ص ٣٢٠ — ٣٢١) .

(٢) الانتقاء لابن عبد البر ، مصر ، ١٣٥٠ هـ ، ص ١٤٨ .

(٣) مسند الامام الشافعي (بهامش الام ج ٦ ص ١٥١) .

(٤) راجع في هذه المذاهب المختلفة ، علاوة على ما ذكرنا آنفاً : فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية (ج ٥ ص ٨١ ـ ٨٢) ، والام (ج ٣ ص ٥ ـ ٩) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٢٩١ وما بعدها) ، والمغني (ج ٤ ص ٦ وما بعدها) ، واختلاف الفقهاء للطبري (مصر ، ١٩٠٢ ص ٣٤) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ١٩٥ ـ ١٩٦) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٠ ص ١٧٣) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٨٤ ـ ١٨٨) .

بالرسالة . والدلالة تكون بالاشارة أو بالفعل او بالسكوت في معرض الحاجة .

ونحن نوضح في الفصول الآتية هذه الطرق مع بيان خــلاف المذاهب فيها ، ونوضح ايضاً حكم العقود الحاصلة بين غائبين ومكان انعقادها وزمانه ، ومقارنــة ذلك بالنظريات الحديثة .

وسنرى بأجلى وضوح تعمق الفقهاء المسلمين في هــذه المسائل جميعاً ، فهم لم يكتفوا بوضع المبدأ العام القائل بوجوب التراضي في العقود ، بل طبقوا هذا المبدأ على شتى الوسائل ، التي يعبر فيها المتعاقدان عن هذا التراضي .

وهاك بيان كل ذلك على الترتيب الآتي : —

اولا — الايجاب والقبول بالقول والفعل والاشارة .

ثانياً — حكم السكوت .

ثالثاً — المكاتبة والمراسلة .

البند الثاني

الايجاب والقبول بالقول والفعل والاشارة

صيغة الايجاب والقبول بالكلام

على الرغم من المبدأ العام بان العبرة في العقود للمقاصد والمعـــاني لا للالفاظ والمباني ، الذي هو أساس شريعة العقد ، فان بعض الفقهاء والمذاهب وضعوا ضوابط خاصة لصيغة العقد ، ودرسوا الالفـــاظ التي يحصل فيها الانعقاد والتي لا يحصُل . ونحن نرى أمثلة من ذلك كثيرة في ابواب العقود المختلفة من المجلة وغيرها من الكتب الفقهية . واليك بعضها كما جاء في عقد البيع : —

اولا — صيغة الماضي .

قالت المجلة : « الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي ، كبعت واشتريت . وأي لفظ من هذين ذكر أولا فهو ايجاب ، والثـاني قبول . فلو قال البائع بعت ثم قال المشتري اشتريت ، او او قال المشتري أولا اشتريت ثم قال البائع بعت ، انعقد البيع . ويكون لفظ بعت في الاولى ايجاباً واشتريت قبولا ، وفي الثانيـة بالعكس . وينعقـــد البيع ايضاً بكل لفظ ينبيء عن انشاء التمليك والتملك ، كقول البائع اعطيت او ملّكت ، وقول المشتري اخذت او تملكت او رضيت وأمثال ذلك » (المادة ١٦٩) .

ويفسر ذلك ان صيغة الماضي استعملتها اللغـة العربية في الفاظ المعاملات بمعنى الانشاء . فهـذا الاستعمال اذاً يستند الى الاصطلاح اللغوي والشرعي والى العرف والعادة [1] .

---

(١) قواعد الاحكام للعزبن عبد السلام ، ج٢ ص ١٢٨ .

ثانياً - صيغة المضارع .

في المجلة : « ينعقد البيع بصيغة المضارع ايضاً ، اذا اريد بها الحال كأبيع واشتري . واذا اريد بها الاستقبال لا ينعقد » (المادة ١٧٠) .

ثالثاً - صيغة الاستقبال .

جاء في بيوع المجلة : « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ، مثل سأبيع وسأشتري ، لا ينعقد بها البيع » (المادة ١٧١) .

وسببه ان الاستقبال ليس فيه معنى الانشاء ، بل هو من قبيل الوعد المجرد ، وان هذا الوعد لا يلزم الوفاء به في الرأي السائد ، كما سنرى في موضعه .

ولذا لم تقر المجلة صحة الوعد بالبيع ، خلافاً للقانون اللبناني [1] ولمدلول المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني .

رابعاً - صيغة الامر أو الطلب .

لو قال احد لآخر : « بعني ثوبك » ، فأجابه « بعتك » ، فهل ينعقد البيع بذلك ؟ في المسألة مذهبان . احدهما يقول بصحة العقد ، وهو قول مالك والشافعي . والثاني يقول بعدم صحته في الاصل وهو قول الحنفيين [2] .

فعليه جاء في المجلة انه : « لا ينعقد البيع بصيغة الامر كبع واشتر ، الا اذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال ، فحينئذ ينعقد بها البيع . فلو قال المشتري بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم ، وقال البائع بعتك ، لا ينعقد البيع . اما لو قال البائع للمشتري خذ هذا المال بكذا من الدراهم وقال المشتري أخذته ، أو قال المشتري أولاً اخذت هذا الشيء بكذا غرشاً وقال البائع خذه أو قال الله يبارك لك وامثاله ، انعقد البيع . فان قوله خذه والله يبارك ههنا بمعنى ها انا بعت فخذ » (المادة ١٧٢) .

خامساً - صيغتا الاستفهام والهزل .

هاتان لا ينعقد بها العقد في الاصل لعدم وجود نية الالتزام فيهما [3] .

---

(١) انظر المادة ٤٩٣ وما بعدها من قانون الموجبات والعقود ، والمادة ٢٢٠ وما بعدها من قانون الملكية .

(٢) المغني ، ج ٤ ص ٣ .

(٣) المغني (ج ٤ ص ٤) ، واعلام الموقعين (ج ٣ ص ١١٠) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٩) .

والحاصل بوجه عام من هذه التفصيلات ان الايجاب والقبول في العقود يصحان بصيغة الماضي أو بصيغة المضارع إذا كان يدل على الحال ، لان في هاتين الصيغتين معنى الانشاء في الاستعمال العربي اللغوي والاصطلاحي . ولكن الايجاب والقبول لا يصحان بصيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ، ولا بصيغة الامر اذا لم تدل على الحال اقتضاء ، ولا بصيغة الهزل والاستفهام .

غير ان هذه التفاصيل ليست من الشكل ولا من التقييد بشيء . ونحن ، وان كنا لا نقرّ الفقهاء عليها جميعاً ، الا اننا لا نواهم فيها الا مترجمين للعرف العربي في ايامهم . ولو كان العرف على غير ذلك ، لما كانوا تأخروا عن ترجمته كما كان .

يؤيد ذلك انهم رجعوا أيضاً الى العرف في مسألة ما يجب استعماله من الكلام . مثاله جاء في المجلة : « الايجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لانشاء البيع في عرف البلدة » (المادة ١٦٨) . وبمعناه جاء ايضاً في عقد الكفالة : « ايجاب الكفيل ، أي الفاظ الكفالة، هي التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة . مثلا لو قال كفلت أو انا كفيل أو ضامن ، تنعقد الكفالة » (المادة ٦٢٢) .

أضف الى ذلك ان الرأي السائد عند جمهور الفقهاء كما سنرى لم يوجب الالفاظ في التعاقد ، بل أقرّ التعاقد بالكتابة والتعاطي والاشارة وحتى بالسكوت في معرض الحاجة أيضاً. مثاله صرّح الرافعي ،بعد ان قال بصحة بيع الاخرس وشرائه بالاشارة والكتابة ،بان « هذا يبيّن ان الصيغة بخصوصها ليست داخلة في البيع نفسه »[1] .

وعلى الجملة ، ليس اختلاف الفقهاء وتفصيلهم في هذا الباب مرة اخرى الا من نوع الفروع ومن نوع الفرضيات التي استعرضوها على عادتهم . ولم يقصدوا منها جميعاً الا الانتباه الى معرفة نية المتعاقدين ، وحيث تكون هذه النية وحيث لا تكون .

فهذا كله لا نعتبره من الشكل في العقود ، بل هو من باب تحرّي الرضى الحقيقي ، الذي يجب ان يكون من نوع الانشاء الالزامي ، لا من نوع الاخبار أو الوعد المجرد . وهو ، بكلمة ثانية ، لا يناقض قاعدة « العبرة في العقود للمقاصد

(١) فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ٨ ص ١٠٥ .

والمعاني لا للالفاظ والمباني » ، بل هو على العكس يؤيدها ويثبتها . بل قل لا تحتاج هذه القاعدة الى التأييد ولا الى الاثبات ، لانها ترتكز على أساس شرعي متين ، هو الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » .

الاشارة

تكفي الاشارة للدلالة على الرضى أم لا تكفي ؟ وما هو حكم عقود الاخرس ؟ وهل تكفي اشارته للتعبير عن ارادته ؟ هذه أسئلة دقيقة تعرض لها الفقهاء وبحثوا فيها .

فالشريعة الاسلامية ، خلافاً للشريعة اليهودية [1] ، لم تحرم الاخرس من حق التعاقد ، بل اعتبرت عقوده وتصرفاته جائزة بوجه عام . وهو يعبر عن رضاه فيها بالاشارة أو بالكتابة .

ففي الاشارة ، جاء في القواعد الكلية من المجلة ان « الاشارات المعهودة للاخرس كالبيان باللسان » (المادة ٧٠) . وجاء في الاشباه والنظائر ان « الاشارة من الاخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء » . وقد طبقت المجلة هذا المبدأ في عقد البيع وعقد الاجارة والاقرار واليمين [2] . وهو معتبر ايضاً عند جمهور الفقهاء في جميع التصرفات والعقود ، ما عدا الشهادات والحدود ، لما في ذلك من وجوب الاحتياط والتحرز . وكذلك تعد كتابة الاخرس كاشارته . ولا يشترط للعمل باشارته ان يكون غير قادر على الكتابة .

ولكن هل تعتبر الاشارة من غير الأخرس ؟ الجواب هو بالنفي عند جمهور الفقهاء ، الا في بعض المستثنيات [3] ، او اذا كان المرء معتقل اللسان . وتعليله ان اشارة الاخرس اعتبرت للضرورة ، ولا يضطر غير الاخرس الى استعمال الاشارة [4] .

---

(١) كتاب المقابلات والمقارنات لمحمد حافظ صبري ، تحت المادة ١٦٥ .

(٢) المواد ١٧٤ و ٤٣٦ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ .

(٣) هي عند الحنفيين الكفر والاسلام والنسب والافتاء .

(٤) راجع في ذلك الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٣٧ — ١٣٨) ، وشرحه غمز عيون البصائر للحموي (ج ٢ ص ١٩٩) ، والمجموع شرح المهذب (ج ٩ ص ١٧١) .

مثاله قالت المجلة في الاقرار : « اقرار الاخرس باشارته المعهودة معتبر . ولكن اقرار الناطق باشارته لا يعتبر . مثلاً لو قال احد للناطق : هل لفلان عليك كذا دراهم حق ، فلا يكون قد اقر بذلك الحق اذا خفض رأسه » (المادة ١٥٨٦) .

وقد خالف المالكيون في ذلك ، وقالوا إن : « غير الاخرس كالاخرس ... اذا فهم عنه بالاشارة . وكل لفظ أو اشارة فهم منها الايجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود »[١] . وهو قول حسن معقول ، لا حرج فيه ولا تقييد .

التعاطي

كما يكون الرضا صراحة بالقول ، كذلك يكون دلالة بالفعل . وامثلة ذلك واضحة في عقود التعاطي . مثاله في البيع قالت المجلة : « حيث ان المقصد الاصلي من الايجاب والقبول هو تراضي الطرفين ، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمّى هذا بيع التعاطي . مثال ذلك ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بايجاب وقبول ، او أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع . وكذا لو جاء رجل الى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال بكم تبيع المد من هذه الحنطة ، فقال بدينار ، فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ، فقال له البائع اعطيك اياها غداً ، ينعقد البيع ايضاً ، وان لم يجر بينهما الايجاب والقبول ... » (المادة ١٧٥) .

وعقود التعاطي صحيحة في القول السائد عند جمهور الفقهاء . وتعليلهم ان في المعاطاة « دلالة عرفية » على الرضا وعلى طيب النفس . ولكن شذ الامام الشافعي عن الجمهور في مذهبه المشهور ، وحجته ان « الافعال لا دلالة لها بالوضع وقصود الناس فيها تختلف » . وقد روي عن بعض الشافعيين كابن سريج وغيره ، وعن بعض الحنفيين كالقدوري ، انهم لم يجوزوا التعاقد في المعاطاة الا في الاشياء الخسيسة دون النفيسة .

وعلى كل فالرأي السائد جوّز عقود التعاطي على الاطلاق ، في البيع وفي غيره

---

(١) شرح الحطاب على سيدي خليل ، ج ٤ ص ٢٢٩ .

من العقود [١] . وهاك نص أمثلة ذلك من المجلة : —

اولا — في الاجارة : « تنعقـد الاجارة بالتعاطي ايضاً ، كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق المواني ودواب الكراء من دون مقـاولة . فان كانت الاجرة معلومة أعطيت والا فأجرة المثل » (المادة ٤٣٧) .

ثانياً — في الوديعة ، قالت المجلة : « ... لو دخل شخص خاناً ، فقال لصاحب الخان أين أربط دابتي ، فأراه محلاً فربط الدابة فيـه ، انعقد الايداع دلالة ... » (المادة ٧٧٣) .

ثالثاً — « الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعـــاطي . مثلاً لو قال شخص لآخر اعرتك مالي هـذا او قال أعطيتك اياه عارية ، فقال الآخر قبلت ، او قبضه ولم يقل شيئاً ، او قال رجل لانسان اعطني هذا المال عارية فأعطاه اياه ، انعقدت الاعارة » (المادة ٨٠٤) .

رابعاً — « تنعقد الهبة بالتعاطي ايضاً » (المادة ٨٣٩) .

خامساً — في عقد الوكالة ، نصت المجـــلة على ان « ركن التوكيل الايجاب والقبول ، وذلك بان يقول الموكل وكلتك بهذا الخصوص . فاذا قال الوكيل قبلت او قال كلاماً آخر يشعر بالقبول ، فتنعقد الوكالة . كذلك لو لم يقل شيئاً وتشبث باجراء ذلك الخصوص ، يصح تصرفه لانه يكون قـــد قبل الوكالة دلالة ... » (المادة ١٤٥١) .

---

(١) انظر البدائع (ج ٥ ص ١٣٤) ، وشرح الحطاب (ج ٤ ص ٢٢٨) ، والمغني (ج ٤ ص ٤) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٦٢ — ١٦٥) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٩٩ — ١٠١) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٤) .

البند الثالث

حكم السكوت

كلمة عامة

لسنا بحاجة الى تعريف السكوت ، أي الصمت وعدم الكلام . ولكننا بحاجة الى معرفة احكامه في شريعة المعاملات ، لا سيما في التصرفات القولية والعقود . فهل يكون له اثر شرعي أو لا يكون ؟ وهل فيه دلالة على الرضى والقبول ، أم هو يدل على الرفض والانكار ؟

هذه الاسئلة الحيوية ، التي شغلت علماء القانون الحديث ، هذه قد شغلت قبلهم فقهاء العرب والمسلمين ، وبنوا عليها نتائج عملية عديدة .

نعم قد جاء في الامثال الدارجة في الشرق والغرب ان « السكوت رد الجواب »(١) . وانه « اذا كان الكلام من فضة فالسكوت من ذهب » . ولكن هذه الامثال التي جمّلت السكوت والتي اعتبرته ذا معنى ومغزى ، لا تصدق دائماً في المسائل الشرعية .

فالسكوت لا عبرة به في مسائل الشرع بوجه عام ، وفي التصرفات والعقود بوجه خاص . ففي العقود وما ألحق بها يجب الرضى بشطريه ، الايجاب والقبول . فالايجاب أو العرض عمل ايجابي يوجه الى الطرف الآخر ، فلا يمكن مطلقاً ان ينتج من السكوت المجرد ، وهو عمل سلبي محض . وكذلك القبول ايضاً تعبير عن الارادة ، ولا يكون في الاصل ناتجاً من هذا السكوت .

على ان لهذا الاصل مستثنيات في الاحوال التي يستبان منها ، على ضوء ظروفها

---

(١) Qui non improbat approbat . Qui tacit consentire videtur. Qui ne dit mot consent .

وقرائنها الملابسة لها ، ان السكوت معناه قبول شيء كان يجب رفضه أو كان يجب الاعتراض عليه أو الاهتمام له . ففي هذه الاحوال وحدها ، يكون السكوت معبّراً عن ارادة صاحبه ، ويكون بمنزلة القبول الضمني .

هذا بوجه عام هو الرأي السائد اليوم في القوانين الحديثة وفي اجتهاد القضاء والعلماء . ولكن تطبيق هذا الرأي على الفروع والوقائع لم يكن على نمط واحد في جميع البلاد . فبعضها كانكلترا مثلاً ضيقت مجال السكوت كثيراً [١] ، وبعضها وسّعه ، والبعض الآخر ذهب مذهباً وسطاً [٢] .

ويميل الى الفئة الثالثة بصورة خاصة الاجتهاد القضائي الفرنسي في نزعته الاخيرة . فهو قد اقرّ ان للقاضي ان يفسّر السكوت بمعنى القبول اذا تحصل ذلك من ظروف القضية ، كما في علاقات التجار مثلاً [٣] . وشبيه به ما جـــاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ونصه : « يعدّ عدم الجواب قبولاً حينما يكون العرض مختصاً بتعامل كان موجوداً بين الفريقين . ويعـــدّ سكوت مشتري البضائع بعد تسلمها قبولاً للشروط المعيّنة في بيان الحساب (الفاتورة) » (المادة ١٨٠) .

اما الشرع الاسلامي ، فهو بدون شك من الشرائع التي جعلت للسكوت مجالا وسيعاً . فهو بعد ان اثبت مبدأ عدم اعتبار السكوت ، استثنى منه الاحوال التي يلزم المرء الكلام بها ، فحينئذ يكون السكوت بمنزلة التعبير الضمني عن الارادة . ولا يشترط في هذه الاحوال وجـــود التعامل السابق بين المتعاقدين ، كما اشترط القانون اللبناني . فهذه المستثنيات اذاً أوسع من المستثنيات اللبنانية ، كما سنرى من الامثلة التي سنبينها .

وان القاعدة الاسلامية ذكرتها المجلة بين قواعدها الكلية ، وهي : « لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان . يعني انه لا يقـــال

---

(١) راجع الحكم في قضية فلتهوس ضد بندلي
Felthouse v. Bindley, 11 C. B. N. S. 869

(٢) راجع عن مقارنة القوانين الغربية في هذه المسألة : كتاب نظرية العقد للدكتور السنهوري باشا (رقم ١٦٠ ــ ١٦٦) ، ومقال الاستاذ الرئيس قرداحي بعنوان قيمة السكوت القانونية في الشريعتين الاسلامية واللبنانية في مجموعة Mélanges à la mémoire de P. Huvelin سيراي ، باريس ، ١٩٣٨ ، ص ٤٩ ــ ٥٤ .

(٣) جوسران (ج ٢ رقم ٤٥) ، وكولان وكابيتان (ج ٢ ص ٢٧٥ ــ ٢٧٦) .

لساكت انه قال كذا ، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان » (المادة ٦٧) .

فهذه القاعدة ، كما هو ظاهر ، ذات شقين ، احدهما المبدأ ، والثاني مستثنياته . فنحن نقول كلمة عن كل منهما ، مع بعض أمثلة توضحه . ثم نتبع ذلك ببعض المسائل الهامة أو الطريفة التي اختلف الفقهاء في حكم السكوت فيها .

المبدأ

« لا ينسب الى ساكت قول » ، قاعدة كلية قالها الامام الشافعي ، ونقلت عنه في كتب الاشباه والنظائر[1] وفي مجلة الاحكام العدلية . ولا ريب في أن عبارة هذه القاعدة بليغة موفقة ، لما فيها من الايجاز والبيان بآن واحد .

ففي القاعدة تصوير للساكت ولوضعه السلبي ، الذي لا تعبير فيه ولا دلالة . وفيها أيضاً تصوير للسكوت ، الذي لا يمكن ان يُعطى بحدّ ذاته معنى معيناً أو لوناً خاصاً ، لانه يعود الى اسباب متعددة باطنة غير ظاهرة . فالساكت يسكت لعدم الانتباه ، أو لعدم الاكتراث ، أو على سبيل الاستهزاء ، أو بنيّة الموافقة ، أو بقصد الانكار أو الرفض ، أو ما اشبه من الاسباب التي لا تحصى .

ويوضح ذلك بعض الامثلة من المجلة ومن كتب الحنفيين :ـ

اولا ـ ان الاعارة لا تثبت بالسكوت . فلو استعار رجل من رجل شيئاً ، وسكت المالك ، فلا يعد سكوته قبولاً[2] . وبمعناه قالت المجلة : « سكوت المعير لا يعد قبولاً . فلو طلب شخص من آخر اعارة شيء ، فسكت صاحب ذلك الشيء ، ثم اخذه المستعير ، كان غاصباً » (المادة ٨٠٥) .

ومن باب اولى ، لو طلب رجل من آخر أن يعيره شيئاً فسكت ، أو لو طلب منه ان يبيعه هذا الشيء أو ان يهبه له أو ان يؤجره إياه ، أو لو طلب ان يكفله ، وسكت الآخر ، ولم يصدر منه عمل بمنزلة القبول أو لم يكن ذلك في ظروف يكون فيها السكوت كالاقرار ، ففي ذلك جميعاً لا عبرة بالسكوت ولا ينتج منه أي التزام .

---

(١) للسيوطي (ص ٩٧) ، ولابن نجيم (ص ٦١) .

(٢) الفتاوى الخانية (بهامش الهندية) ، ج ٣ ص ٤١٧ .

ثانياً - في المرافعة امام القاضي ، يُسأل المدعى عليه عن جوابه (المادة ١٨١٦). فاذا أصرّ على السكوت ، « ولم يقل لا ولا نعم » ، فيعدّ السكوت انكاراً (المادة ١٨٢٢) ، ولا يعدّ اقراراً [١] .

ثالثاً - ان الصبي والمعتوه محجور عليهما لذاتهما ، أي ممنوعان من التصرفات . فلو رأى القاضي احدهما يبيع ويشتري ، وسكت ، فلا يكون سكوته اذناً لهما في التجارة [٢] .

المستثنيات

عطفت المجلة على قاعدة « لا ينسب الى ساكت قول » ، ضابط مستثنياتها . وهو : « السكوت في معرض الحاجة بيان » . وهذه التتمة من قواعد المجامع الكلية[٣]. ولقد فسرتها المجلة بقولها : « السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان » . أو بعبارة اخرى ، في الشرع الاسلامي احوال لا يجوز فيها للمرء ان يسكت ، بل يجب عليه ان يتكلم ويعيّن موقفه . وان لم يفعل ، كان سكوته اقراراً ضمنياً أو تعبيراً ضمنياً عما كان يلزمه بيانه .

وقد أوضحنا في غير هذا الموضع ما للسكوت من اهمية في اصول الفقه الاسلامي ، وكيف تحصل الدلالة من حال الساكت . فمن ادلة التشريع التي لا خلاف فيها ما يسمّونه السنّة التقريرية . وهي ما استدل عليها من سكوت النبي (ص) عند أمر عاينه أو أمر حصل بعلمه ولم ينكره . وكذلك هو الحكم في سكوت الصحابة احياناً [٤] .

وفي المعاملات الشرعية امثلة عديدة من احكام السكوت . وقد ورد منها ثلاثون

---

(١) في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني (المادة ٢١٩) ، اذا قرر القاضي دعوة احد المتداعين لاستجوابه بالذات ، فرفض هذا على وجه صريح او ملتبس اعطاء الجواب عن الاسئلة الملقاة عليه ، فان للقاضي ان يحسب في حكم الثابت الامور التي تكون اساساً للاسئلة المطروحة .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، في الموضع المذكور .

(٣) المنافع شرح المجامع ، ص ٣٢١ .

(٤) راجع كتابنا فلسفة التشريع في الاسلام (ص ١٢٠ و ١٣١) ، وشرح المنار لابن ملك (ص ٢٤٠ ــ ٢٤١) .

مسألة في جامع الفصولين ، فنقلها ابن نجيم في الاشباه والنظائر واضاف اليها سبعة من الكتب الحنفية الاخرى . وكذلك توجد في المجلة مسائل أخرى . وهذه المسائل ليست جميعاً متعلقة بالعقود والتصرفات القولية ، بل ان بعضها خارج عنها. وبرغم ذلك ، فنحن نقتطف أهمها اخذاً عن المجلة وعن الكتب الحنفية ، ونورده بايجاز ، مع العلم بان بعض ما نذكره يختلف حكمه في المذاهب الأخرى [1] . فالسكوت يكون قبولاً في العقود أو في الاسقاطات ، أو يكون مسقطاً لبعض الحقوق احياناً .

السكوت بمنزلة القبول في بعض العقود

قالت المجلة : « السكوت في الاجارة يعد قبولاً ورضاء . مثلاً لو استأجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً ، وبعد ان سكن فيه مدة أشهر اتى الآجر وقال ان رضيت بستين فاسكن والا فاخرج ، ورده المستأجر وقال لم ارض ، واستمر ساكناً ، يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق . وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت ، واستمر ساكناً ، يلزمه اعطاء ستين قرشاً . كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش ، وقال المستأجر ثمانين ، وابقى المالك المستأجر ، وبقي هو ساكناً ايضاً ، يلزمه ثمانون ، ولو أصر الطرفان في كلامهما واستمر ساكناً تلزمه اجرة المثل » (المادة ٤٣٨) . وايضاً في الوديعة : « ... اذا وضع رجل ماله في دكان ، فرآه صاحب الدكان وسكت ، ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف ، صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة .. » (المادة ٧٧٣) .

والكفالة في المجلة تنعقد بايجاب الكفيل وحده ، ولكنها ترتد برد المكفول له (المادة ٦٢١) . ومعنى ذلك ان سكوت المكفول له وعدم رد الايجاب قبول للكفالة .

وكذلك يكون التوكيل بالسكوت . مثاله لو رأت البكر اباها او من زوجها يقبض المهر من زوجها وسكتت ، كان سكوتها اذناً وتفويضاً بالقبض [2] .

(١) انظر جامع الفصولين (ج ٢ ص ١٩٣ ـ ١٩٤) ، والاشباه لابن نجيم (ص ٦٢) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٩٣) ، ومعين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي (ص ١٩٦ ـ ١٩٧) .

(٢) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ١٩٣ .

وتعتبر المجلة الاذن والاجازة توكيلا (المادة ١٤٥٢) . وهـذا الاذن يكون بالسكوت ايضاً . مثلا يعدّ سكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشتري اذنـاً في التجارة عند الحنفيين ، لا عند الشافعي [١] . ومن أشباه ذلك : « ... لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري ، ولم يمنعه وسكت ، يكون قد أذنه دلالة » (المادة ٩٧١) ، وذلك عند الحنفيين وعند الشافعيين ايضاً [٢] .

وأخيراً في بيع التلجئة ، وهو ان يتواضع اثنان على عقد بيع ، اذا قال أحـد المتبايعين للآخر : « قد بدا لي ان اجعل هذا البيع صحيحـاً » ، وسكت الآخر بعد ما سمع هذا القول ، فيعـد سكوته قبولا ، وليس له ابطال البيع بعـد ذلك [٣] .

السكوت بمنزلة القبول في الاسقاطات

رأينا سابقاً ان الاسقاطات لاتحتاج الى القبول ،بل ترتد بالرد ، وقلنا ان معنى ذلك في الحقيقة هو ان القبول في هذه الاسقـاطات مفروض وجوده وينتج عن السكوت .

مثاله في الابراء ، إذا ابرأ احد آخر من دعوى او من حق فلا يشترط قبوله ، ولكن الابراء يرتد بالرد ، اي لهذا الاخير ان يصرح بعدم القبول (المادة ١٥٦٨) . وبعبارة اخرى ، اذا لم يصرح بالرد فسكوته قبول للابراء ، حتى لو اراد بعـد مجلس الابراء ان يرفضه لم يكن له ذلك [٤] .

وكذلك في الوقف لمصلحة رجل معين ، لو سكت الموقوف عليه ولم يرد الوقف كان سكوته قبولاً [٥] .

---

(١) الاشباه لابن نجيم والبدائع في الموضع المذكور .

(٢) شرح المنار لابن ملك (ص ٢٤١) ، والاشباه للسيوطي (ص ٩٨) ، والاشباه لابن نجيم والبدائع في الموضع المذكور .

(٣) جامع الفصولين في الموضع المذكور .

(٤) الهندية ، ج ٤ ص ٣٩٠ .

(٥) جامع الفصولين في الموضع المذكور .

السكوت مسقط لبعض الحقوق

كثيراً ما يعطي الشرع حقاً لامرىء ويشترط عليه ان يمارسه في وقت معين أو في مهلة معينة . فاذا حان الحين ولم يمارسه ، بل سكت عنه وتراخى عدّ سكوته تنازلاً عنه أو اسقاطاً له .

وأمثلة ذلك عديدة . منها لو علم الشفيع ، أي صاحب حق الشفعة ، بالبيع وسكت عن المطالبة ، يبطل حقه [١] . ومنها لو رأى البائع المشتري يقبض المبيع قبل دفع الثمن وسكت ، يكون سكوته عن حق حبس المبيع مسقطاً لهذا الحق . ومنها اخيراً لو كان لصبية حق فسخ عقد الزواج بما يسمّونه خيار البلوغ ، وبلغت بكراً وسكتت ، فيكون سكوتها مسقطاً لحق الفسخ [٢] .

وأخيراً يقرب من هذا ما لو عرض المدعي اليمين على المدعى عليه على براءة ذمته ، فكلفه الحاكم أن يحلفها ،فسكت عن الجواب بلا عذر ، عدّ سكوته نكولا ، وكان للحاكم أن يعامله كما لو قال أرفض حلف اليمين [٣] .

خلاصة المستثنيات

وبعد ، فالخلاصة التي لا شك فيها هي ان هذه الامثلة ونظائرها تتعلق باحوال خاصة ، كان يجب فيها على الساكت ان يبدي جواباً وأن يعبّر عن ارادته ، فلم يؤدّ ما وجب عليه ، ولم يظهر ما يريده ، بل سكت وصمت واتخذ موقفاً سلبياً

---

(١) هذا في المجلة (المادة ١٠٣٢) وعند جمهور الفقهاء المسلمين ، باعتبار ان حق الشفعة حق فوري (المغني ج ٥ ص ٤٧٧ ، والهداية ج ٤ ص ٢٠ ، والوجيز ج ١ ص ٢٢٠) . اما عند الامام مالك ، فلا تسقط الشفعة بمجرد السكوت الفوري . بل يجب لذلك ان يحصل السكوت في ظروف خاصة ، كالسكوت بعد رؤية المشتري يهدم المشفوع او يبني فيه ، او كأن يمضي على السكوت مدة شهرين ان حضر الشفيع عقد الشراء وشهد عليه بخطه ، او كأن يمضي على السكوت سنة ان لم يحضر الشفيع العقد او لم يوقع عليه (شرح الخرشي على سيدي خليل ج ٤ ص ٣٨٨) . وبهذا الرأي الأخير لجهة المدة اخذ مبدئياً قانون الملكية السوري اللبناني في المادة ٢٤٨ ،مع امكان تقصير المهلة بشروط المادة ٢٤٧ من ذات القانون ، وذلك قبل تعديله بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨ .

(٢) جامع الفصولين في الموضع المذكور ، والهداية (ج ١ ص ١٥٦) .

(٣) الاشباه للسيوطي (ص ٩٧) ، والمادة ١٧٥١ من المجلة .

مجرداً . ففيها جميعاً كان هذا السكوت أو هذا الموقف السلبي دليلاً على أمر متصل بظروف الحال ، ومعروف بالاستنتاج اللازم من تلك الظروف .

على أن من مسائل السكوت طائفة طريفة ، اختلف الفقهاء في حكمها ، لانهم اختلفوا في تصنيفها وفيما اذا كانت من أمثلة المبدأ القائل انه « لا ينسب الى ساكت قول » ، أم هي على العكس من فئة مستثنياته التي تكون في معرض الحاجة والتي يكون فيها السكوت بياناً . ومن أهم هذه المسائل الخلافية اثنتان هما : مسألة بيع مال الغير بحضور صاحبه ، ومسألة سكوت الفتاة في الزواج . ونحن نوضح حكمها بايجاز ، لنرى النحو الذي انتحاه الفقهاء فيها وفي أمثالها من المسائل .

السكوت في بيع مال الغير

المسألة هي ان يبيع أحد مال غيره ، وصاحبه حاضر وساكت . فهل يفسر سكوته بالقبول ؟ وهل يعتبر اجازة لعمل البائع الفضولي ؟ ام لا يعتبر كذلك ؟

لقد مرّ معنا في باب الفضولي الحكم في هذه المسألة . فعند الحنفيين والشافعيين والحنبليين لا يعدّ السكوت اجازة . وحجتهم ان الصمت لا يكون رضى الرجال ، وانه « محتمل ، قد يكون بطريقة الرضى ، وقد يكون بطريق التهاون وقلة الالتفات الى تصرف الفضولي ، وقد يكون بطريق التعجب ، أي لماذا يفعل هذا في ملكه بغير أمره والى ماذا تؤول عاقبة فعله ، والمحتمل لا يكون حجة »[١] . وهذا ايضاً مذهب داود الظاهري واتباعه[٢] .

اما عند المالكيين ، فللسكوت حكم الاجازة ، سواء أكان الساكت حاضراً مجلس البيع ام كان غائباً عنه ولكنه علم به وسكت مدة طويلة ، الا ان يكون سكوته لعذر مانع كسطوة او سلطان فحينئذ لا يكون قبولا[٣] . وكذلك قال الامام ابن أبي ليلى بان سكوت المالك اقرار بالبيع . وحجته ان السكوت دليل

---

(١) المبسوط (ج ٣٠ ص ١٤٠) ، والام (ج ٧ ص ٩٣) ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ٣١٥) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ج ٤ ص ١٦) .

(٢) المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٦٠ .

(٣) البهجة للتسولي شرح التحفة لابن عاصم (ج ٢ ص ٦٩ ـ ٧٠) ، والعقد المنظم للاحكام (بهامش تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٠٨) .

الرضى باعتبار العادة ، لان صاحب المال لا يسكت اذ يرى غيره يبيع ماله . هذا الى انه لا يحلّ له السكوت شرعاً والا كان غاراً وكان تغريره هذا مضراً بالمشتري ، وان « الغرور حرام والضرر مدفوع » [١] .

والحاصل ان بعض الفقهاء لم يوجبوا على صاحب المال الكلام ، فلم يكن لسكوته حكم عندهم ، والبعض الآخر اوجب عليه الكلام واعتبر سكوته اقراراً . ونحن ، وان كنا نرجح الرأي الثاني ، نرى من الانسب ترك تقدير الامر الى القاضي لينظر في كل قضية بحسب ظروفها ، ويستبين منها المعنى الحقيقي للسكوت .

وعلى كل فعند الحنفيين ، لا يكون سكوت صاحب المال اجازة لبيع ماله من قبل الفضولي . وهذا لا اشكال فيه حينما يكون البائع مقرّاً انه يبيع ملك غيره . ولكن لو باع احد مالا من آخر بزعم انه هو المالك ، وكان في المجلس رجل ثالث قد سكت عند حصول البيع ، فهل يجوز لهذا الشخص الثالث ان يدعي فيما بعد وعلى الرغم من سكوته ان المبيع ملكه؟ وبعبارة أخرى هل كان سكوته اقراراً بان البائع مالك ام لم يكن ذلك ؟ وهل يسمع ادعاؤه ملك المبيع بعد سكوته ، أم أن سكوته مانع من سماع الدعوى ؟

فرّق الفقهاء الحنفيون في ذلك بين حالتين : الاولى اذا كان البائع غريباً عن الحاضر الساكت ، والثانية اذا كان من اقربائه . ففي الحالة الاولى ، لا يكون السكوت مانعاً من سماع الدعوى ، الا اذا تصرف المشتري بالمبيع بعد شرائه زمناً وسكت الحاضر ، فحينئذ لا تسمع منه دعوى الملك [٢] .

اما في الحالة الثانية ، فقد افتى مشايخ بخارى بان السكوت لا يمنع من سماع الدعوى ، كما في الحالة الاولى . وقد رجّح قاضيخان قولهم هذا . ولكن مشايخ سمرقند وخوارزم افتوا بان سكوت احد الزوجين عن بيع ماله من قبل الآخر أو سكوت القريب عن بيع ماله من قبل قريبه ، هذا السكوت اقرار بان المبيع ليس له وسبب مانع من سماع دعواه بالملك بعد ذلك . وقد رجّح هذا القول ابن البزّاز واساتذته وغيرهم ، ورجحته مجلة الاحكام العدلية قطعاً « للتزوير والاطماع

---

(١) المبسوط في الموضع المذكور .

(٢) الاشباه لابن نجيم (ص ٦٢ والمسألة ٢٥) ، وشرحه للحموي (ج ١ ص ١٨٧) ، وقرة عيون الاخيار تكملة رد المحتار (ج ١ ص ٤٥٤) .

والحيل والتدليس »[١] .

وهذا التفصيل والحكم فيه كله كما ترى ليس من ابتكار المجلة ولا من ابتكار ابن عابدين[٢] ، بل هو الرأي الحنفي المختار كما جاء في الكتب الحنفية المعتبرة . ويؤيد ذلك التمعّن في عبارة المجلة في هذه المسألة ونصها :

« اذا باع أحد مالاً على انه ملكه في حضور آخر لشخص وسلمه ، ثم ادعى الحاضر بانه ملكه ، مع انه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذر ، فينظر الى ان الحاضر هل كان من أقارب البائع ام لا . فان كان من أقاربه أو زوجها أو زوجته ، لا تسمع دعواه هذه مطلقاً . وان كان من الاجانب ، فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه . بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر ، ان تصرّف المشتري في ذلك الملك تصرف المُلاّك بناء أو هدماً أو غرساً ورآه الحاضر ، ثم بعد ذلك لو أدعى بقوله هذا ملكي أو لي فيه حصة ، فلا تسمع دعواه » (١٦٥٩) .

سكوت الفتاة في الزواج

جاء في الحديث الشريف : « الثّيِّب أحق بنفسها من وليّها ، والبكر تُستأمَر واذنها سكوتها »[٣] . وهذا الحديث يتعلق بزواج الفتاة الكبيرة ، وتفسيره يحتاج الى التفصيل بين الثيب والبكر .

فالفتاة الثيب ، اذا استُأذِنت في الزواج ، لا يكون سكوتها كافياً للتعبير عن قبولها ، بل يجب نطقها الصريح في ذلك . ولا خلاف في هذا بين الفقهاء ،

---

(١) الفتاوى البزازية (ج ٢ ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦ بهامش الهندية) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ١١ ، بهامش الهندية ايضاً) ، والاشباه لابن نجيم (في الموضع المذكور ، المسألة ٢٤) ، وشرحه للحموي وجامع الفصولين في الموضع المذكور .

(٢) خلافاً لما قد يتبادر الى ذهن القارىء من مقال الاستاذ شكري بك القرداحي المذكور (ص ٥٩ ـ ٦٠) .

(٣) معنى الثيب المرأة غير البكر ، ومعنى تستأمر تستأذن . وقد روى هذا الحديث مسلم في صحيحه (ج ٤ ص ١٤١) ، وابو داود في سننه (ج ٢ رقم ٢٠٩٩) ، والنسائي (الجامع الصغير للسيوطي ج ١ رقم ٣٥٧١) ، وروي ايضاً بالفاظ اخرى مختلفة .

لان الثيب لا يمنعها الحياء عادة من الكلام .

أما البكر ، فهل يكفي سكوتها للافصاح عن اذنها وقبولهـــا ؟ نعم في قول جمهور الفقهاء . وحجتهم في ذلك ان اكثر الفتيات جبلن على الامتناع من النطق ، لما يلحقهن به عادة من الحياء والخجل ، ولخوفهن من الاتهام بالميـل للرجال . وهو تعليل يؤيد ما اشتهرت به المرأة العربية بصورة عامة والمرأة المسلمة بصورة خاصة من التخدر وعدم الاختلاط ، وما اشتهر عن العرب من وضع استحياء النساء بين صفـــات المروءة ومحاسن العادات .

ولقد استحسن المالكيون قبل استئذان البكر اعلامها ان صمتها اذن منها ، واشترط بعضهم كابن شعبان ان يكون الاعلام ثلاث مرات . وفصّل الحنفيون في المسألة : فقالوا ان صمت البكر يقوم مقام الرضى حينما يستأذنها وليها القريب ، ولا عبرة به حينما يستأذنها غيره ، بل لا بد حينئذ من تكلمها للاعراب عن رغبتهـا وقبولها . وهو قول روي عن بعض الشافعيين ايضاً ، خلافاً للقول المختـــار في مذهبهم [1] .

---

(١) راجع في ذلك : شرح النووي على صحيح مسلم (ج ٩ ص ٢٠٤ ــ ٢٠٥) ، ونيل الاوطار (ج ٦ ص ١٠٥) ، والمهذب (ج ٢ ص ٣٩) ، والام (ج ٥ ص ١٥) ، والمستصفى (ج ١ ص ١٤٠) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٣ ص ٢١ ــ ٢٢) ، والمغني (ج ٧ ص ٣٨٦) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٢٠٤ — ٢٠٥) ، وفتح القدير على الهداية وبهامشه العناية (ج ٢ ص ٣٩٨ — ٣٩٩) ، ومجمع الانهر (ج ١ ص ٣٣٤) ، والاختيـــار شرح المختار (ج ٢ ص ١٥٤) ، والمادتين ٥٣ و٥٤ من قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

البند الرابع

المكاتبة والمراسلة

كلمة عامة

كثيراً ما يكون الايجاب والقبول أو كلاهما بالمكاتبة ، لا سيما اذا كان التعاقد بين غائبين . وهذا التعاقد بالمكاتبة جائز ، كما لو كان بالمشافهة . فلذا ورد في الهداية[1] وغيرها ، وفي القواعد الكلية من المجلة ان « الكتاب كالخطاب » (المادة ٦٩) .

وأمثلة ذلك عديدة . ففي عقد البيع قالت المجلة : « كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً » (المادة ١٧٣) . وقالت : « كما ان الاجارة تنعقد بالمشافهة كذلك تنعقد بالمكاتبة ... » (المادة ٤٣٦) [2].

ويكون التعاقد أيضاً بالرسالة . وهو ان يرسل احد رسولا الى آخر ليبلغه عرض التعاقد . فاذا قبل المرسل اليه هذا العرض في مجلسه تمّ العقد[3].

ومن المسائل الخلافية في القانون اليوم مسألة تعيين المكان والزمان اللذين يتمّ فيهما العقد الحاصل بين غائبين بالمكاتبة أو بالرسالة . أيتمّ هذا العقد في مكان القابل وبوقت القبول ؟ أم يتم في مكان الموجب وبوقت اطلاعه على القبول ؟

لا شك في أن لهذا السؤال أهمية عملية . فعلى مكان العقد يتوقف غالباً تعيين المحكمة الصالحة للنظر في النزاع الذي يقع بين المتعاقدين . وعلى معرفة زمان العقد يتوقف تعيين لزومه ومنع الرجوع عنه . ويتفرع من ذلك أسئلة هي : هل يجوز للقابل ان يرجع عن القبول قبل علم الموجب به ؟ وهل يجوز للموجب ان

---

(١) ج ٣ ص ١٧ .

(٢) في المادة ١٦٠٦ منها ايضاً ، « الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان » .

(٣) البدائع ، ج ٥ ص ١٣٨ .

يرجع عن عرضه قبل ان يطلع على الجواب ؟ ام لا يجوز كل ذلك ؟

ففي هذه المسألة اختلفت القوانين والنظريات . فنحن نبين اولا الموقف الذي اتخذه الشرع الاسلامي فيها ، ثم نقارن ذلك بالنظريات العصرية المختلفة .

موقف الشريعة الاسلامية

قال صاحب الهداية : « الكتاب كالخطاب ، وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة » . ومعنى ذلك ان الكتاب يمثل الموجب ، فوصوله الى المكتوب اليه يعتبر كما لو وصل مرسله بنفسه . وكذلك يعتبر « الرسول سفيراً ، معبراً عن كلام المرسل ، ناقلاً كلامه الى المرسل اليـــه . فكأنه حضر بنفسه وأوجب البيع » . فاذا أعلن المكتوب اليه او المرسل اليه قبوله في مجلس وصول الكتاب او اداء الرسالة ، انعقد العقـد في مجلس القبول وبوقت اعلانه . وبهذا يتم ايضاً شرط اتحاد المجلس المطلوب في العقود كما أوضحنا . وهو اتحاد حكمي كما ترى ، لا يعني في الواقـــع الا الارتباط الواجب بين كل ايجاب وقبول لاجل حصول التعاقد .

فاذن تنتمي الشريعة الاسلامية الى نظرية اعلان القبول ، التي سنأتي على بيانها قريباً . ويستتبع ذلك ان الموجب الكاتب او المرسل لا يجوز له ان يرجع عن ايجابه بعد هذا القبول . انما رجوعه جائز قبل بلوغ الكتاب او الرسالة الى العـاقد الآخر وقبل قبوله .

ولا يشترط علم المرسل اليه بهذا الرجوع ، أي ان قبول المرسل اليه لا يصح بعد رجوع الموجب ، سواء أعلم بالرجوع ام لم يعلم [١] .

مقارنة مع النظريات العصرية

ان آراء الفقهاء والقضاة والقوانين اليوم اختلفت في هذه المسألة اختلافاً بيّناً .

---

(١) الهداية في الموضع المذكور ، وفتح القدير (ج ٥ ص ٧٩) ، والبدائع (ج ٥ ص ١٣٨) ، والفتاوى البزازية (ج ١ ص ٤٠٨ — ٤٠٩ بهامش الهندية) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٦٧ وما بعدها) .

وانها تقسم اجمالاً الى نظريات اربع . وهاك لمحة سريعة عن كل منها [١] : —

اولاً — نظرية التبليغ [٢] . وهي تقول بان العقـــد بالمكاتبة لا يتم الا عند ما يتبلغ الموجِب قبول المرسل اليه . وهذا قول وجيه ومعقول نظرياً ، لانه كما يجبر الموجِب على ابلاغ عرضه الى المرسل اليه كذلك يجبر هذا الاخير على ابلاغ قبوله الى المرسل ، ولا يتم ارتباط الايجاب بالقبول الا متى علم المتعاقدان كل منهما برضى الآخر .

وقد تبنّى القانون هذه النظرية في كثير من البلاد اللاتينية ، كاسبانيا وايطاليا والبرتغال ورومانيا وبعض دول اميركا الجنوبية ، وتبنّاهـــا اجتهاد المحاكم في بلجيكا وغيرها .

ثانياً — نظرية التسلم [٣] . هذه النظرية تقول بانعقاد العقد الجاري بالمكاتبة عندما يتسلم المرسل جواب العاقد الآخر ، ولو قبل الاطلاع على مضمونه . وقد قال بهذه النظرية القانون المدني الالماني (المادة ١٣٠) ، الا اذا تنازل الموجِب عن حق التبليغ او اذا نصّ العرف على عدم لزومه ، فحينئذ يتمّ العقد عند ما يصرح المرسل اليه بقبوله (المادة ١٥١) .

ثالثاً — نظرية الارسال [٤] . وهذه تقول بان العقد الجاري بالمكاتبة يتم عندما يرسل العاقد القابل قبوله ويضعُه في البريد بحيث لا يتمكن بعد ذلك من استرداده . وقد اتبع هـــذه النظرية اجتهاد المحاكم في انكلترا والولايات المتحدة الاميركية وبعض الممتلكات البريطانية .

وانت ترى ان هذا المذهب عملي ومفيد في المعاملات التجارية ، لان ارسال التحرير يدل بوضوح على ارادة القابل ، ويجعله غير قادر على استرداد قبوله . هذا

---

(١) راجع مقال الاستاذ ونفيلد (P. H. Winfield) بعنوان « بعض نواحي الايجاب والقبول » (Some aspects of offer and acceptance) في مجـلة القانون الفصليـة (Law Quarterly Review) (لسنة ١٩٣٩ ص ٤٩٩ وما بعدهـا) ، وكتاب نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا (رقم ٢٩٢ وما بعده) .

(٢) Theory of Information

(٣) Theory of Reception

(٤) Theory of Expedition

الى ان وقت الارسال يمكن اثباته بطابع البريد او شهادة حامل الكتاب او بالوصل الخطي المشعر به [١] .

وفوق ذلك ، اذا رجع الموجب عن ايجابه ، فقد اشترط الاجتهاد الانكليزي ، خلافاً لما قلناه في الشريعة الاسلامية ، ان يصل تبليغ هذا الرجوع الى المرسل اليه قبل ان يعلن قبوله ، بمعنى ان العقد يتم ويلزم ان صدر قبول المرسل اليه قبل تسلّمه خبر الرجوع عن الايجاب [٢] .

رابعاً — النظرية المختلطة . وهي نظرية وسط بين نظرية التسليم ونظرية الارسال . ففيها لا يعدّ العقد تاماً الا من وقت تسليم جواب القبول الى الموجب . ولكن بعد الانعقاد يعتبر مفعول العقد سارياً منذ ارسال القبول . وقد اتبع هذه النظرية القانونان النمساوي والسويسري .

خامساً — نظرية الاعلان [٣] . وهي تقول بان العقد يتمّ وقت اعلان المرسل اليه عن رغبته في القبول ، وذلك قبل ارسال الجواب وقبل وصوله الى الموجب أو العلم به من قبله .

وقد رأينا ان الشرع الاسلامي اتبع هذه النظرية . وكذلك اتبعها قانون الموجبات والعقود اللبناني ، حيث ورد فيه : « اذا كانت المساومات جارية بالمراسلة [٤] أو بواسطة رسول بين غائبين ، فالعقد يعدّ منشأ في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول بمن وجه اليه العرض » (١٨٤) .

أما في فرنسا ، فقد كان الامر خلافياً في مؤلفات الفقهاء وفي اجتهاد المحاكم . وكانت محكمة التمييز حتى وقت غير بعيد متمنعة عن اتخاذ موقف جازم في هذه المسألة ، معتبرة اياها مسألة مادية يتوقف حلها على تقدير المحاكم في كل قضية حسب

---

(١) انظر مقال ونفيلد المذكور ، وكتاب ستيفن « شرح القوانين الانكليزية » (Stephen's Commentaries of The Laws of England) (ج ٣ ص ١١) ، والحكم في القضية هنثورن ضد فرايزر (Henthorn v. Fraser 1892, 2 ch. 27, 33) .

(٢) راجع كتاب آنسون « قانون العقد » (Law of Contract) ، ص ٣٥ .

(٣) Theory of Declaration .

(٤) الاصح ان يقال بالمكاتبة ، لان المراسلة هي المخاطبة بواسطة الرسول ، كما جاء في الاصطلاح العربي .

وقائعها وظروفها [١] . غير انها رجعت مؤخراً عام ١٩٣٢ عن هذا الموقف الحائر ، واتخذت اجتهاداً صريحاً بتأييد نظرية الاعلان [٢] .

وعلى الجملة ، فالشرائع الاسلامية واللبنانية والفرنسية متفقة في هـــذه المسألة الخلافية . وهي جميعاً ليست بعيدة من الناحية العملية عن الشريعة الانكليزية الاميركية .

واخيراً لا بأس بالاشارة الى حكم العقد الجاري بواسطة المخابرة الهاتفيـــة (التلفون) . ففيه كان الامر ولا يزال خلافياً . فمن الفقهاء والقوانين من قال بان هذا العقد يتم في مكان القابل ، ومنهم من قال بانه يتم في مكان الموجب ، ومنهم من ترك البت فيه الى حكمة القاضي وتقديره .

أما القانون اللبناني فقد ذهب الى حل مرن ، فنص على « ان العقد الذي ينشأ بالمخاطبة التلفونية يعدّ بمثابة العقد المنشأ بين اشخاص حاضرين . وحينئذ يعيّن محل انشائه اما بمشيئـــة المتعاقدين ، واما بواسطة القاضي وبحسب احوال القضية » (المادة ١٨٥) .

---

(١) راجع القرار الصادر من غرفة الاستدعاآت في محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ ٢٩ كانون الثاني سنة ١٩٢٣ (D. P. 1923, 1, 176) ، وجوسران (ج ٢ رقم ٥١ — ٥٣) .

(٢) راجع القرار الصادرمن ذاتالغرفة بتاريخ٢١ آذارسنة ١٩٣٢ (D. P. 1933, 1, 65)، وقاموس دالوز العملي (ملحق ١٩٣٨ ، ص ٣١٠ رقم ٤٠) .

الفصل الرابع

موضوع العقد

البند الاول

الموضوع وشروطه

كلمة عامة

لا بدّ في كل عقد من موضوع يضاف اليه . وهذا الموضوع سمّي في الاصطلاح العربي محل العقد او المعقود عليه . ولا شك في ان موضوع العقد بالحقيقة هو الالتزام الناشيء عنه . لذا جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني : « ان الموضوع الحقيقي لكل عقد هو انشاء الموجبات » (المادة ١٨٦) .

غير ان هذا الموضوع يكون على أنواع متعددة . مثاله الموضوع في البيع هو انتقال ملك المبيع والثمن ، وفي اجارة العمل هو تقديم العمل ودفع الاجرة ، وفي الاعارة هو الانتفاع بالعارية الخ ...

وقد جاء في مرشد الحيران[1] انه : « لا بد لكل عقد من محل يضاف اليه يكون قابلا لحكمه ، ويصح ان يكون محل العقد مالاً ، عيناً كان أو ديناً ، أو منفعة ، أو عملاً » . ولكن هذه العبارة لا تظهر معنى الالتزام الناشيء ، ولا تذكر ان الموضوع يمكن ان يكون الامتناع عن عمل معين . لذلك كانت عبارة القانون اللبناني أوضح وأتم ، ونصها : « يمكن ان يكون الموضوع فعلاً (وهذا موجب الفعل) ، أو امتناعاً (وهذا موجب الامتناع) ، أو انتقالا لملك أو انشاء لحق

(١) لمحمد قدري باشا ، المادة ٣٠٢ .

عيني (وهذا موجب الاداء) » (المادة ١٨٧) .

وعلى كل ، يشترط في محل العقد او موضوعه شروط . وهي ان يكون ممكناً غير مستحيل ، ومعيناً غير مجهول ، وموجوداً غير معدوم ، ومباحاً غير محرّم . ونحن في هذا البند نتكلم عن الشرطين الاولين ، على ان نبحث بعد ذلك في الشرطين الآخرين كل منهما في بند خاص ، بالنظر الى ما يتعلق بهما من تفصيل .

امكان الموضوع

من المبادىء المسلم بها في علم اصول الفقه الاسلامي ان شرط التكليف القدرة على المكلف به [1] ، عملا بالآية الكريمة : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » [2] .

و كذلك في العقود ، فانه يجب ان يكون المعقود عليه ممكناً . لذا لا يصح تعهد عمل مستحيل ، او تعهد تسليم شيء غير مقدور التسليم .

مثاله قالت المجلة في البيع : « يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم . فبيع ما هو غير مقدور التسليم باطل ، كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر ، أو حيوان ناد لا يمكن مسكه وتسليمه » (المادتان ١٩٨ و ٢٠٩) . ومن امثال بيع غير مقدور التسليم ايضاً ، بيع السمك في البحر او الطير في الهواء قبل صيدهما ، الا اذا كان الطير له و كر كالحمام يطير منه في الهواء ثم يرجع اليه ، فيجوز بيعه حينئذ لانه يكون مقدور التسليم [3] .

وليس هذا الحكم مختصاً بالبيع فحسب ، بل هو عام لجميع العقود ، وقد نصت المجلة على امثلة عديدة منه . ففي الاجارة : « يشترط ان تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء . بناء عليه لا يصح ايجار الدابة الفارة » (المادة ٤٥٧) . ومثله في الاعارة ، « يشترط ان يكون الشيء المستعار صالحاً للانتفاع به ، بناء عليه لا تصح اعارة الحيوان الناد الفار ولا استعارته » (المادة ٨٠٨) . وايضاً يشترط لانعقاد الرهن ان يكون الشيء المرهون مقدور التسليم في وقت الرهن

---

(١) الموافقات للشاطبي ، ج ٢ ص ١٠٧ .

(٢) سورة البقرة (٢) ، ٢٨٦ .

(٣) مجمع الانهر (ج ٢ ص ٥٥) ، والوجيز (ج ١ ص ١٣٤) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ج ٤ ص ٢٤) .

(المادة ٧٠٩) . و كذلك « يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض ، فلا يصح ايداع الطير في الهواء » (المادة ٧٧٥) .

ومن امثلة التعاقد على فعل مستحيل ما رواه ابن حزم وغيره من انه « لا تجوز مشارطة الطبيب على البرء اصلاً لانه ... لا يقدر عليه الا الله تعالى » [1] .

أما القانون اللبناني ، فقد نصّ على هذا الشرط بوجه عام ، فقال : « باطل كل عقد يوجب شيئاً او فعلاً مستحيلاً ، إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تذليلها » (المادة ١٩١) . وشبيه بهذا النص العام ما جاء في المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني، وهو: « اذا كان المعقود عليه غير ممكن الحصول، فتسمع الدعوى ببطلان العقد » .

تعيين الموضوع

من شروط العقد ايضاً تعيين موضوعه ، بحيث يكون معلوماً عند المتعاقدين بصورة نافية للجهالة .

وقد اشترطت المجلة ذلك في مواضع عديدة . ففي البيع ، قالت : « يلزم ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري ، ويلزم ان يكون الثمن معلوماً » . وفي الاجارة اشترطت تعيين المأجور والمنفعة والاجرة بوجه مانع للنزاع . وكذلك اشترطت تعيين المعقود عليه في الكفالة بالنفس ، والحوالة ، والرهن ، والاعارة ، والهبة ، والصلح [2] . ولكن هذه القاعدة لم تخلُ من مستثنيات . ففي مذهب ابي حنيفة ، خلافاً لمذهب الشافعي ، يجوز الابراء الواقع على حقوق مجهولة [3] .

وان صفة الجهالة الناشئة عن عدم تعيين الموضوع تعييناً كافياً لا تكون نتيجتها بطلان العقد عند الحنفيين ، بل هي تجعل العقد فاسداً فقط ، خلافاً للشافعي الذي يعتبر الفاسد والباطل مترادفين الا في بعض العقود [4] .

---

(١) المحلى ، ج ٨ رقم ١٣١٠ .

(٢) انظر المواد ٢٠٠ و٢٣٨ و٤٤٩ — ٤٥١ و ٦٣٠ و٦٨٨ و٧٠٩ و٨١١ و٨٥٨ و١٥٤٧ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) انظر الفصل الثالث من القسم الرابع من هذا الكتاب .

(٤) راجع الفصل الثاني من الباب الاول من هذا القسم ص ١٢ .

مثاله قالت المجلة : « بيع المجهول فاسد . فلو قال البائع للمشتري بعتك جميع الاشياء التي هي ملكي ، وقال المشتري اشتريتهـــا ، وهو لا يعرف تلك الاشياء ، فالبيع فاسد » (المادة ٢١٣) .

ولقد رأينا سابقاً ان العقد الفاسد ينقلب صحيحاً بزوال صفة الفساد . وايضاً في بعض العقود ، كالبيع والقرض والرهن ، يصحّ الفاسد بقبض الشيء المعقـود عليه . مثلاً ورد في المجلة ان « البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض ، يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ » (المادة ٣٦٦) .

وكذلك في بعض العقود الاخرى ، كالاجارة والشركة وما اليهما ، لا يكون العقد الفاسد بدون اثر شرعي ، بل يصحّ ولكن ينظر فيه الى بدل المثل ، على ان لا يزيد هذا البدل عن البدل المسمّى في العقد ، بفرض وجـــود التسمية . مثاله : « الاجارة الفاسدة نافذة ، لكن الآجر يملك فيها اجر المثل ولا يملك البدل المسمّى . وفساد الاجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولاً ، وبعضه عن فقدان باقي شرائط الصحة . ففي الصورة الاولى يلزم اجر المثل بالغاً ما بلغ ، وفي الصورة الثانية يلزم اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الاجر المسمى » (المادتان ٤٦١ و ٤٦٢) .

ولا شك ان نصوص المجلة في هذا المعرض اصبحت قليلة الاهمية بعـد صدور المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقيـــة العثماني ، التي خولت القاضي حق تعيين النقاط الفرعية في العقد ، اذا سكت عنها المتعاقدان ثم حصل النزاع بينهما بشأنها . فقد جاء في الفقرة الاخيرة من هذه المادة :

« اذا اتفق العاقدان على النقاط الاصلية من المقاولة ، عدّ العقـد تاماً ولو لم تذكر النقاط الفرعية . واذا لم يتفق العاقدان على النقاط الفرعية ، فتعينهـــا المحكمة بعد الامعان في ماهية القضية » .

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فانه بعد ان نصّ على انه « يجب ان يتناول التعيين ماهية الموضوع ومقداره » ، زاد بانه « يكفي ان يعين نوع الشيء وان يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد » (المـــادة ١٩٠) ، وذلك عملاً بالقاعدة القانونية ان « ما يمكن تعيينه بعد بمنزلة المعين » [١] .

---

(١) في الامثال اللاتينية : « Id certum est quod certum reddi potest »

البند الثاني

وجـــود الموضوع

وجود المعقود عليه

ان الاصل في العقود انها لا تصح إلاّ إذا وقعت على موضوع موجـود. لذا كان التعاقد على المعدوم باطلاً.

ولا شكّ في ان هذه القاعدة لا تطبق إلا إذا كان الموضوع شيئاً، لا إذا كان عملاً أو منفعة. فان العقود التي تقع على منفعة أو على عمل معيّن تكون في الحقيقة على أمر معدوم وقت العقد، وان كان هذا الأمر يحدث بعد ذلك شيئاً فشيئاً.

واليك امثلة توضح ذلك: ففي عقد اجارة الأشياء، يقع العقد على منفعة شيء، والمنافع غير موجودة حين العقد، بل هي معدومة، لا تتولد إلا باستيفائها تدريجياً. فالقياس يقضي ببطلان هذه الاجارة، لكن الاستحسان جوّزهـــا بالنظر لحاجة الناس اليها، واثبوتها بالكتاب والسنّة والاجماع [1].

وكذلك هو الامر في باقي العقود الواقعة على المنافع، كالاعارة، او في العقود الواقعة على عمل، كالوكالة واجـــارة العمل وكفالة الدين والجعالة عند من قال بصحتها، وما الى ذلك.

ولقد صـدق عزالدين بن عبد السلام عندما قال: «والعجب ممن يعتقد ان المعارضة على المعدوم على خلاف الاصل، مع ان الشريعة طافحة بهـــا في جميع التصرفات» [2].

---

(١) مجمع الانهر، ج ٢ ص ٣٦٨.

(٢) انظر كتابه قواعد الاحكام في مصالح الانام، ج ٢ ص ١١١ — ١١٣.

فاشتراط وجود المعقود عليه اذن لا يتصور عادة الا في العقود الواقعة على الاشياء . ففي هذه لا يصح مبدئياً التعاقد على المعدوم . مثلا قالت المجلة في البيع : « يلزم ان يكون المبيع موجوداً . وبيع المعدوم باطل ، فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا » . وكذلك في الهبة « يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة . بناء عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك او ولد فرس سيولد » [١] .

وتستند هذه القاعدة الى الحديث الشريف . فقد روي عن النبي (ص) انه نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة [٢] . وهذا بيع واقع على ولد الناقة وهو في بطن امه . فقد نهي عنه ، لان المبيع فيه معدوم . وكذلك نهي عن البيع بثمن مؤجل الى ان تلد الناقة ويلد ولدها [٣] .

وروي ايضاً عن حكيم بن حزام انه سأل النبي (ص) : « يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي ، أفابتاعه له من السوق ؟ » فقال : « لا تبع ما ليس عندك » [٤] .

الاشياء المستقبلة

نستنتج مما قدمنا ان التعاقد على اشياء مستقبلة لا يصح في الاصل ، لان هذه الاشياء معدومة غير موجودة . غير ان جمهور الفقهاء جوزوا بعض المستثنيات ، واهمها عقد الاستصناع وعقد السَّلَم .

فعقد الاستصناع « عقد مقاولة مع اهل الصنعة على ان يعمل شيئاً . فالعامل صانع

---

(١) راجع المواد ١٩٧ و ٢٠٥ و ٨٥٦ .

(٢) بفتح الباء ، جمع حابل ، ككتبة جمع كاتب . وقد روي هذا الحديث في الصحيحين وكتب السنن الاربعة ومسند احمد وغيرها . راجع صحيح مسلم (ج ٥ ص ٣) ، وشرحه للنووي (ج ١٠ ص ١٥٧) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٦٥) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٨٠ و ٣٣٨١) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ١٢٥) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٩٤٣٦) .

(٣) وهو تفسير آخر للحديث المذكور ، رواه ابن عمر . انظر المراجع المذكورة آنفاً .

(٤) مر تخريجه سابقاً في بحث الفضولي من هذا الكتاب الجزء الاول ص ٦٤ .

والمشتري مستصنع ، والشيء مصنوع »[١] . فالشيء المصنوع نتيجة عمـل وعين يقدمها الصانع ويؤلفان موضوعاً مستقبلاً غير موجود وقت العقد . وعلى الرغم من ذلك ، فقد جوز هذا العقد استحساناً واستناداً الى السنّة والاجماع [٢] .

وكذلك جُوّز عقد السَّلَم. وهو « بيع مؤجل بمعجل » ، أي بيع يكون فيه المبيع مؤجلاً والثمن معجلاً، كما فيمن اسلف الف قرش على مائة كيل من الحنطة[٣]. ففي هذا العقد ايضاً يكون البيع معدوماً عند التعاقـد . ولكنه جوّز بالنظر لحاجة الناس اليه، ويستند جوازه الى الكتاب والسنّة والاجماع والاستحسان [٤] .

وثمة مسألة لها علاقة بهذا البحث ، هي مسالة بيع الثمار . فقـد اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمرة التي برزت جميعها وهي على شجرها ، سواء أكانت صالحة للاكل أم لم تكن . واتفقوا ايضاً على بطلان بيع الثمرة التي لم تبرز اصلاً [٥] . ولكنهم اختلفوا في بيع الثمرة التي برزت قبل بدوّ صلاحها.

فقد روي في الصحيحين وغيرهما ان النبي (ص) قال : « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه » . وروى مسلم النيسابوري عنه (ص) انه نهى البائع والمشتري عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، وانـه قال ايضاً : « لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه العاهة » ، وقال « يبدو صلاحه حمرته وصفرته » .

ونجد تعليل هذا النهي في قول النبي (ص) نفسه ، كما رواه الامـام مالك وغيره : « أرأيت اذا منع الله الثمرة ، فبمَ يأخذ احدكم مال اخيه ؟ » او بعبارة أخرى ان علة النهي هي الخوف من تلف الثمرة قبل صلاحهـا وما ينتج عن ذلك من أكل البائع لمال المشتري بالباطل . وقد ورد النهي على المشتري نفسه ايضاً ، لانه بشرائه ذلك يبيع ماله ويوافق البائع على الحرام .

وفي تفسير هذه الاحاديث اتفق جمهور الفقهاء على صحة بيع الثمرة قبـل بدوّ

---

(١) المادة ١٢٤ من المجلة .

(٢) المبسوط ، ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٣) انظر المواد ١٢٣ و ٣٨٠ وما بعدها من المجلة ، والمواد ٤٨٧ — ٤٩٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٤) الهداية ، ج ٣ ص ٥٧ .

(٥) انظر المادتين ٢٠٥ و ٢٠٦ من المجلة .

صلاحها ، اذا كان البيع بشرط قطع المبيع في الحال وتسليمه بحالته ، وكان هذا المبيع المقطوع منتفعاً به كالحصرم . واتفقوا ايضاً على بطلان هذا البيع ، اذا كان بشرط التبقية ، أي بشرط ابقاء المبيع الى أن يبدو صلاحه . ولكنهم اختلفوا في حكم بيع الثمار مطلقاً بلا شرط القطع او التبقية .

فعند الائمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل لا يجوز مثل هذا البيع . وحجتهم في ذلك أن الحديث الشريف اشترط الصلاح ، وأن الصلاح معناه ظهور النضج وبدوّ الحلاوة . اما عند الحنفيين ، فهذا البيع جائز ، لان الصلاح عندهم معناه امن العاهة والفساد ، فمتى برز بعض الثمر فقد وجد الصلاح بهذا المعنى [1] .

فلذا ورد في مجلة الاحكام العدلية : « ما تتلاحق افراده يعني ان مالا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء ، كالفواكه والازهار والورق والخضروات ، اذا كان برز بعضها ، يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة » (المادة ٢٠٧) . وهذا مأخوذ لجهة ما لم يبرز بعد استحساناً على فتوى بعض الحنفيين ، كالحلواني ومحمد بن الفضل ، خلافاً لظاهر المذهب الذي يمنع مثل هذا البيع [2] .

والحاصل ان الشريعة الاسلامية ، فيما عدا هذه المستثنيات ونظائرها ، تعتبر التعاقد على الاشياء المستقبلة باطلة ، باعتبار ان موضوعها معدوم حين العقد .

وعلى كل ، فقد تعدلت المجلة من هذه الناحية بالمادة الرابعة والستين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني التي ذكرناها آنفاً ، حيث جاء فيها : « ... ان المقاولات التي تعقد على أشياء ستوجد في المستقبل ... معتبرة » .

واخيراً ، لا بدّ من الاشارة الى ان القانون اللبناني ، وان اعتبر أن « عدم وجود الموضوع يستلزم انتفاء وجود العقد » ، الا انه مع ذلك جوّز ان يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً (المادة ١٨٨) .

---

(١) راجع في هذه الاحاديث والاختلاف في تفسيرها : صحيح مسلم (ج ٥ ص ١١-١٢) ، وشرحه للنووي (ج ١٠ ص ١٨١) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٩٨) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٦٧-٣٣٧٢) ، وشرح الزرقاني على موطأ مالك (ج ٣ ص ٢٦٠ — ٢٦٢) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ١٤٦ وما بعدها) ، والام (ج ٧ ص ٩٣) ، والبحر الرائق (ج ٥ ص ٣٠٠-٣٠١) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٠٢) .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، ج ٤ ص ١٢ .

التركات المستقبلة

من المسائل الخلافية في القوانين مسألة التعاقد على التركات غير المستحقة . وهي ان يتنازل أحد عن حقه في تركة شخص لا يزال في قيد الحياة ، او في شيء من هذه التركة او أن يعقد هو او صاحب التركة نفسه عقداً يكون موضوعه التركة او قسماً منها ، قبل استحقاقها بوفاة صاحبها .

وقد كان القانون الروماني اول من حرم هذه العقود . وحجته في ذلك ان التعاقد على التركات المستقبلة مخالف للاخلاق وللمصلحة العامة ، لما فيه من المضاربة على موت المورث ، ومن تمني تعجيل هــذا الموت . ولكن التحريم كان لمصلحة المورّث وحده ، لذا كان هذا التعاقد مباحاً اذا رضي هو به [١] .

وقد اقتبس القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٣٠) هذه القاعـدة الرومانية ، ثم تشدّد فيها ، فحرم التعاقد على التركات المستقبلة ، ولو رضي المورث به ووافق عليه . وسبب هذا التشديد انه لم ينظر فحسب الى مصلحة المورث ، الذي يجب ان يبقى حراً في التصرف بتركته كيف شاء ومتى شاء ، بل نظر ايضاً الى مصلحة الوارث المتعاقد ، فمنعه عن المتاجرة بتركة مستقبلة ، لئلا يغريه المرابون بالاستدانة والمساومـــة في شيء لم يستحقّ بعد ، ومن ثم لئلا يكون عرضـــة للتبذير والاسراف .

وبهذا المذهب المعقول أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني فقال : « ... لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق ، ولا انشاء أيّ عقـد على هذا الارث أو على شيء من أشيائه ، ولو رضي المورث ، وإلا كان العمل باطلاً أصلاً » (المادة ١٨٨) .

أما الشريعة الاسلامية ، فقد قالت بمنع التعاقد على التركات المستقبــلة أو التنازل عن الارث غير المستحق . وتعليل ذلك ان الارث حق جـــبري لا يجوز التنازل عنه ، « وان ما ثبت شرعاً من حق لازم لا يسقط بالاسقاط » ، وان الارث لا يستحق إلا بموت المورث ، فيكون التعاقد عليه إذاً مضافاً الى محـــل معدوم . وفوق ذلك ، فان التركة تكون عادة مجهولة ، ويكون في التعاقد عليها

---

(١) راجع جيرار (ص ٤٦٤) ، وكودكس يوستنيانوس (C. 2, 3, De pactis, 30)

جهالة وغرر ، وقد نهى الشرع عن عقود الغرر جميعاً [١] .

ولكن يصح التنازل والتعاقد والصلح الحاصل بين الورثة بعد موت المورث ، ويقال له التخارج في الاصطلاح الشرعي . ومن أشباه هـذه القاعدة منع قبول الوصية أو ردّها قبل موت الوصي ، وجواز قبولها بعد موته [٢] .

ومن الطريف أن نقارن هذا المنع بما يسمّى العقد الارثي [٣] ، اي العقد المتعلق بالارث غير المستحق ، الذي سمحت به بعض القوانين بشروط معينة . ففي ألمانيا مثلاً ، وان كان الاصل منع التعاقد على التركة حال حياة المورث ، إلا ان العقـد الارثي جوّز ان صدر عن المورث وتنظم امام القاضي او الكاتب العدل [٤] .

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية (ج ٢ ص ٥٩) ، وشرح علي حيدر تحت المـادة ٢١٣ من المجلة ، والفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٧٤) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ٣٥٤) .

(٢) تنوير الابصار وشرحه الدر المختار ، ج ٢ ص ٧٤٥ .

(٣) Erbvertrag

(٤) المواد ٢٣١٢ و ٢٢٧٤ و ٢٢٧٦ من القانون المدني الالماني . انظر ايضاً المواد ٥١٤ وما بعدها من القانون المدني التركي .

البند الثالث

اباحـــة الموضوع

مشروعية المعقود عليه

ان الشرط الرابع والاخير للمعقود عليه هو ان يكون مباحاً شرعاً . فاذا لم يكن كذلك ، كان العقد باطلا .

ولقد اختلفت القوانين والمذاهب في احوال عدم الاباحة . فلذا لا يمكننا ان نحصي هذه الاحوال ، ولا ان نأتي على قسم كبير منها . بل نكتفي على سبيل الايضاح ببعض الامثلة المهمة .

اولاً — في معظم القوانين والشرائع فئة من الاحكام تعتبر ذات صفة الزامية ، ليس للطرفين المتعاقدين ان يحيدا عنها أو أن يتفقا على ما يخالفها . ومن أمثلة هذه الاحكام في الشريعة الاسلامية احكام الاوقاف ، واهلية المتعاقدين واحكام النكاح والطلاق وغيرها من الاحوال الشخصية ، واحـــكام الارث والفرائض وما الى ذلك . وهي كلها معروفة ومفصلة في ابوابها الخاصة .

ثانياً — في العقود احياناً توجد شروط يشترطها الطرفان. بعضها شروط يتعلق بها الانعقاد أو يتعلق بها سقوط العقد ، وتسمى شروط التعليق . وبعضهـا شروط ترمي الى تعديل نتائج العقد العادية بالزيادة عليها أو بالنقصان منها ، وتسمى شروط التقييد . فهذه الشروط منها ما هو جائز ، ومنها ما هو فاسد ، ومنهـــا ما يختلف حكمه باختلاف العقود . وكثيراً ما يكون أحد هذه الشروط محرماً ، فيكون الموضوع غير مباح والعقد باطلًا . وسنفصل أحكام ذلك في باب الشرط والاجل.

ثالثاً — من امثلة تقييد التعاقد وعدم اباحة الموضوع في الشريعة الاسلاميـة

قاعدة تحريم الربا . وهذا التحريم يستند الى الآية الكريمة : « وأحلّ اللهُ البيعَ وحرّم الربا ... يمحقُ الله الربا ويُربي الصدقات » [١] . ويستند الى احاديث نبوية عديدة ، لا مجال لذكرها في هذا المعرض . ويكون الربا عادة في الصرف ، وهو : « مبادلة الاثمان بعضها ببعض » [٢] . أو هو بعبارة المجلة « بيع النقد بالنقد » (المادة ١٢١) .

وان الربا على نوعين : ربا النسيئة وربا الفضل . فالاول هو التأخير في التقابض بين البدلين في بعض العقود التي يشترط فيها القبض الفوري . والثاني هو التفاوت وعدم التساوي بين البدلين اذا كان المعقود عليه من جنس واحد ، كمبادلة الذهب بالذهب [٣] .

غير ان هذا ممنوع اذا كان عن شرط . اما اذا لم يكن ثمة شرط ، وتطوع المدين المستقرض عند قضاء ما عليه بان اعطى اكثر او أجود مما أخذ ، فهذا جائز مستحب عند جمهور الفقهاء ، لانه من باب حسن القضاء الذي حض عليه النبي (ص) . وقد خالفهم في ذلك الامام مالك ، اذ اجاز ان يرد المدين افضل مما أخذ لا اكثر [٤] . ولكن يشترط في كل حال قبول الدائن بالاجود او بالزيادة ، كما سنرى في باب ايفاء الموجبات .

رابعاً — يكون الموضوع غير مباح اذا وقع على بعض الاشياء . مثلاً اجمع العلماء على تحريم بيع السم الا اذا كان قليله نافعاً للتداوي [٥] . وكذلك لا يجوز التعاقد شرعاً على ما لا يعد مالا بين الناس . ففي البيع ، قالت المجلة : « يلزم ان يكون المبيع مالا متقوماً » . وقد مر معنا آنفاً معنى المال المتقوم وخلاف المذاهب فيه وفي مسألة التعاقد على الخمر والخنزير عند المسلمين ، وقلنا ان المذهبين الحنفي

---

(١) البقرة (٢) ، ٢٧٥—٢٧٦ .

(٢) المبسوط ، ج ١٤ ص ٢ .

(٣) راجع تفصيل تحريم الربا في الصرف : المبسوط في الموضع المذكور ، والهداية (ج ٣ ص ٦٥) ، والبحر (ج ٦ ص ١٩٢) ، والام (ج ٣ ص ٢٦) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٣١ و ٣٦) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٥١) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٨) ، والزرقاني على الموطأ (ج ٣ ص ٢٨١) .

(٤) المحلى ، ج ٨ رقم ١١٩٣ .

(٥) شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٦٦) . والشرح الكبير (ج ٤ ص ١٦) ، والمجموع (ج ٩ ص ٢٥٦) .

والمالكي يحرمان تداول الخمر والخنزير بحق المسلمين فقط خلافاً للمذاهب الشافعي والحنبلي والظاهري ، فانها تحرم تداولها بالنسبة الى المسلمين وغيرهم [١] .

وكذلك اختلف الفقهاء في جواز بيع الكلب . فالبعض ، كمالك في قوله المشهور والشافعي وابن حنبل والاوزاعي ، حرموا بيعه مطلقاً سواء أكان الكلب معلماً ام لم يكن ، وسواء أكان بما يجوز اقتناؤه ام لم يكن . والبعض ، كجابر وعطاء والنخعي ، جوزوا بيع كلب الصيد دون غيره . وفي القول المختار عند الحنفيين يجوز بيع الكلب مطلقاً ، ولو لم يكن معلماً ، الا ما روي عن ابي يوسف انه منع بيع الكلب العقور لعدم المنفعة منه [٢] .

ومن أمثلة خلاف الفقهاء ايضاً في الموضوع المحرم في العقود مسألة بيع آلات اللهو . فأبو حنيفة وحده جوز هذا البيع ، خلافاً لصاحبيه ولباقي ائمة المذاهب [٣] . وبرأي ابي حنيفة قال ايضاً فقهاء المذهب الظاهري البائد [٤] .

خامساً - يكون العقد باطلاً ايضاً ، اذا كان موضوعه عملاً غير مباح . مثاله لا تصح الاجارة على عمل محرم [٥] ، كارتكاب السرقة وما أشبه .

وايضاً لا تحل الرشوة ، وهي ما يعطى لقاء عمل محرم كالحكم بالباطل أو كظلم انسان بوجه من الوجوه [٦] ، لان العمل وهو محل العقد غير مباح . اما دفع المال فهو بحدّ ذاته موضوع مباح ، ولكنه مبني على غرض أو سبب غير مباح ، وهو لهذا باطل أيضاً ، كما سنرى في الفصل القادم في بحث سبب العقد . ودليل تحريم الرشوة شرعاً الحديث الشريف : « لعن الله الراشي والمرتشي ، والرائش الذي

---

(١) راجع الجزء الاول ص ١٠ .

(٢) فتح القدير (ج ٥ ص ٣٥٧) ، والفتاوى الخانية (ج ٢ ص ١٠٣ بهامش الهندية) ، وشرح الحطاب وبهامشه المواق (ج ٤ ص ٢٦٧) ، والام (ج ٣ ص ١٠) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ١٣) ، والنووي على مسلم (ج ١٠ ص ٢٣٢-٢٣٣) .

(٣) الفتاوى الخانية (ج ٢ ص ١٠٤) ، وشرح الحطاب (ج ٤ ص ٢٦٣) ، والوجيز (ج ١ ص ١٣٤) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٤).

(٤) المحلى ، ج ٩ رقم ١٥٦٥ .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٧٧ .

(٦) المحلى (ج ٩ رقم ١٦٣٦) ، والجامع وشرحه المنافع (ص ٣٢٠) ، والمغني (ج ١١ ص ٤٣٧) .

يمشي بينهما »[١] .

وأخيراً جاء في مسألة الموضوع المحرّم نصّ عام في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وهو : « باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القـــانون ولا ينطبق على الآداب . والشيء الذي لا يعد مـــالاً بين الناس لا يجوز ان يكون موضوعاً للموجب . غير انه يجب عند تطبيق هذه القاعدة ان ينظر بعين الاعتبار الى ان الاتجار ذو معنى نسبي . فبعض الامـوال مثلاً لا يصح ان تكون موضوع بعض المعاملات مع انها تصح كل الصحة ان تدخل في معاملات اخرى » (المادة ١٩٢) .

حرية التعاقد

لا شك في ان الاحوال التي يحرم الشرع فيها التعاقد احوال استثنائية ، وان الاصل في العقود الحرية والاباحة . وهو اصل يعتـــبر اليوم من المبادىء الاولية الاساسية في باب العقود ويسمّى بمبدأ حرية التعاقد . ومعناه ان للمتعاقدين ان يرتبوا عقودهم ونتائجها بحسب مشيئتهم . وسبب ذلك ان منفعة العقد تعود اليهم ، وهي منفعة خاصة يمكنهم ان يعيّنوا ماهيتها وحدودها كما يرغبون . وليس لها من تقييد الا متى تعارضت مع النظام العـــام أو الآداب العامة أو الانظمة ذات الصفة الالزامية .

وان هذا المبدأ الذي نجده اليوم في قانون الموجبات والعقـــود اللبناني (المادة ١٦٦) ، كان موجـــوداً ايضاً في المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني[٢] ، ونصها :

« ان احكام جميع المقاولات والتعهدات اذا لم تكن ممنوعة بالقوانين والنظامات المخصوصة والتي لا تخل بالاداب العامة وبالانتظام العام ولا تخالف الاحوال الشخصية كاهلية العاقدين والقواعد والاحكام المتعلقة بالارث والانتقـــال وبالتصرف في

---

(١) رواه السيوطي في الجامع الصغير (ج ٢ رقم ٧٢٥٥) ، نقلا عن مسند أحمد بن حنبل.
(٢) المعدلة بقانون ١٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٣٢ هـ ، الموافق ٢٨ نيسان سنة ١٣٣٠ مالية او ١٩١٤ ميلادية .

النقود والعقارات الموقوفة والاموال غير المنقولة ، هي مرعية ومعتبرة في حق العاقدين ... » .

أما الشريعة الاسلامية ، فانها أقرت هذا المبدأ ايضاً . ولقد حمل ابن القيّم الجوزية على من قال بعكس ذلك ، اولئك الذين اعتقدوا ان عقود الناس وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم الدليل على الصحة ، فافسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس . واثبت ابن القيّم ان جمهور الفقهاء المسلمين ذهبوا الى خلاف قول من حمل عليهم ، « لان الاصل في العقود والشروط الصحة ، الا ما أبطله الشارع أو نهى عنه . وهذا القول هو الصحيح . فان الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم . ومعلوم انه لاحرام الا ما حرمه الله ورسوله ، ولا تأثيم الا ما أثمّ الله ورسوله به فاعله ، كما انه لا واجب الا ما اوجبه الله ، ولا حرام الا ما حرمه الله ، ولا دين الا ما شرعه . فالاصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الامر ، والاصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم »[1] .

وعلى الجملة ، فان الشريعة الاسلامية مبنية على مبدأ حرية التعاقد الا في المستثنيات التي حرمتها الشريعة نفسها . ولا ريب ان الفقهاء في مذاهبهم المتعددة اختلفوا في تطبيق هذا المبدأ على القضايا والمسائل الفرعية . فمنهم من توسّع فيه ومنهم من توسّط ، ومنهم من تشدّد . فلهذا اختلفت المذاهب في تحريم بعض الامور ، أو في اباحتها . ولكن ذلك التفريع وهذا الاختلاف لا ينفيان المبدأ الذي قدمنا ، ولا يؤثران في صحته بشيء .

---

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ١ ص ٢٩٩ .

الفصل الخامس

سبب العقد

البند الاول

النظريات الاجنبية

كلمة عامة

ان مسألة السبب في العقود من المسائل الخلافية ، ومن أصعب المباحث التي شغلت رجال العلم ورجال القضاء اليوم . واننا لا نرى بدّاً من كلمة سريعة في معنى السبب في الرأي السائد بين القوانين الحديثة ، لنبحث بعد ذلك في موقف الشرع الاسلامي من هذه المسألة الخطيرة .

ففي روما ، لم يكن السبب [١] مطلوباً في العقود الشكلية ، وانما نشأ بنشوء العقود الرضائية . ففي هذه العقود ، اذا انتفى السبب أو اذا كان غير مشروع من جانب أحد المتعاقدين ، فان القانون أو القاضي المعروف بالبريتور كان يحمي هذا المتعاقد بما يسمونه « دفع الخداع » لأجل رفض تنفيذ العقد ، أو كان يعطيه حق استرداد ما دفعه الى العاقد الآخر [٢] .

وقد تطوّرت هذه النظرية بعد ذلك ، فانتقلت الى أيدي الفقهاء الفرنسيين في القرون الوسطى ، ثم أقرّها القانون المدني الفرنسي ، فقال : « ان الموجب بلا سبب أو بالسبب غير الصحيح او غير المباح لا يمكن أن يكون له أيّ أثر »

(١) Causa

(٢) جيرار ، القانون الروماني ، ص ٤٧٦ — ٤٧٩ .

(المادة ١١٣١) . ومن فرنسا انتقلت نظرية السبب بدورها الى بعض البلاد اللاتينية وغيرها التي اقتبست تشريع نابليون . وكذلك انتقلت ايضاً الى قانون الموجبات والعقود اللبناني . اما الشريعة الانكليزية ، فان لها نظرية خاصة في هذا المضمار .

على ان نظرية السبب لم تخل من طعن وانتقاد . فان بعض العلماء حملوا عليها ، وقالوا بعدم لزومها في العقود . وأشهر هؤلاء المهاجمين الاستاذ الفرنسي بلانيول ، فانه ادعى ان نظرية السبب مغلوطة وغير لازمة ، وان العقد يصح بدون سبب اذا كان له موضوع مباح [١] . ولكن قوله لم يقبل به القضاء الفرنسي ولا كثرة العلماء .

ثم ان فئة من الشرائع الحديثة ذهبت مذهباً وسطاً . مثاله في المانيا ، وان لم يشترط القانون وجود السبب لصحة العقود بنصّ خاص ، الا ان فيه من الاحكام ما يدل على ان السبب شرط في بعض العقود . وعلى كل ، فقد جوّز عندهم التعهد المجرد الذي لا يستند الى سبب ، ولكن بشرط ان يجري بصورة خطية [٢] .

ونحن ، لاجل تفهم معنى السبب بوجه عام ، لا نرى بأساً بكلمة موجزة في النظرية السببية الفرنسية ، ثم في النظرية اللبنانية المقتبسة عنها ، على ان نقارنها بعد ذلك بالنظرية المتبعة في الشريعة الانكليزية .

النظرية السببية الفرنسية

ان قانون نابليون لم يعرّف السبب . انما عرّفه الفقهاء ، واختلفوا في تعريفه كثيراً . ولقد كتب فيه الاستاذ هنري كابيتان رسالة خاصة شهيرة ، كان لها فضل كبير في ايضاح هذا البحث [٣] .

فالسبب في هذه النظرية هو الغاية المباشرة [٤] من اجراء العقد . وتختلف هذه الغاية باختلاف فئات العقود . ففي العقود الملزمة للجانبين المتعاقدين ، سبب الالتزام لكل منهما هو تنفيذ هذا الالتزام من الجانب الآخر . وفي عقود التبرع يكون

(١) راجع كتابه القانون المدني ، ج ٢ رقم ١٠٣٨ .

(٢) Schuldversprechen . انظر المادة ٧٨٠ من القانون المدني الالماني .

(٣) H. Capitant, De la Cause des Obligations, Paris, 1923.

(٤) But immédiat

السبب نية التبرع نفسها . و كذلك للفئات الاخرى من العقود أسباب مقصودة معينة .

وانت ترى ان السبب ، وان اختلف باختلاف فئات العقود المتعددة ، الا انه واحد في الفئة الواحدة منها . وبهذا يفارق السبب الباعث الشخصي على التعاقد . ومثل يوضح ذلك : في البيع مثلاً سبب الالتزام من جانب البائع هو دفع الثمن من قبل المشتري . وهذا السبب أو الغرض المباشر من العقد هو واحد في جميع البيوع . ولكن الباعث الشخصي على البيع هو رغبة البائع في استعمال الثمن . وهذه الرغبة متنوعة ، ومختلفة باختلاف الاحوال والاشخاص . فمنهم من يبيع لانفاق الثمن ، ومنهم من يرغب في هبته ، أو في اذّخاره ، أو في شراء شيء آخر به ، أو في أمر آخر .

فالباعث اذن هو الغرض البعيد أو غير المباشر [١] ، أو هو بعبارة البعض سبب السبب . وعلى كل فلا عبرة في الاصل بالباعث الشخصي في العقود ، بل العبرة وحدها بالسبب أو الغرض المباشر .

غير ان الامر يكون على خلاف ذلك في بعض الاحوال ، عندما يكون الباعث معروفاً من الطرف الآخر ، أو عند ما يكون هذا الباعث هو الدافع الرئيسي للتعاقد [٢] . ففي مثل هذه الاحوال ، يبطل العقد اذا كان الباعث غير مباح ، كما في عقود اجارة الدور لاجل استعمالها لتعاطي الدعارة ، أو في عقود القرض اثناء المقامرة ، وما اشبه . وهذا التوسيع في فهم نظرية السبب قد اتبعه اجتهاد المحاكم في فرنسا بوجه عام [٣] .

ويشترط في السبب ان يكون موجوداً حقيقة ، وان يكون صحيحاً ومشروعاً . فان انعدم أو كان غير صحيح أو غير مباح اعتبر العقد باطلاً . وفوق ذلك ، فان فائدة نظرية السبب في الالتزام نجدها بصورة خاصة في العقود المتبادلة عند تنفيذها . فلو أدّى احد العاقدين في احد هذه العقود ما يجب عليه دون العاقد الآخر ، كما لو دفع المشتري الثمن ورفض البائع تسليم المبيع ، فيحق لمن نفذ العقد ان يسترد ما

---

(١) Causa remota

(٢) Cause impulsive et déterminante

(٣) انظر جوسران ، ج ٢ رقم ١٤٥ وما بعده .

دفعه ، لان العقد يصبح عندئذ بلا سبب . ويسمّى هذا الحق « الدفع بعدم تنفيذ العقد »[١] .

القانون اللبناني

ان قانون الموجبات والعقود اللبناني قد اقتبس النظرية السببية الفرنسية دون تعديل ، وميّز بين السبب والباعث الشخصي . فاسمى الاول سبب الموجب والثاني سبب العقد . ونحن نرى في هذه التسمية الجديدة المبتكرة داعياً للالتباس والاشكال ، لان السبب المسمّى سبب الموجب من شروط صحة العقد ، مع ان الباعث الشخصي المسمى سبب العقد لاعبرة به إلا إذا كان غير مباح (المادة ٢٠١). وهاك تعريفهما حرفياً :

اولاً – « ان سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة ، على وجه لا يتغيّر . وهو يعدّ جزءاً غير منفصل من العقد ، كالموجب المقابل في العقود المتبادلة ، والقيام بالاداء في العقود العينية ، ونية التبرع في العقود المجانية . أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة ، فالسبب هو الموجب الموجود من قبل ، مدنياً كان أو طبيعياً » (المادة ١٩٥) .

واثر ذلك « ان الموجب الذي ليس له سبب او له سبب غير صحيح أو غير مباح يعدّ كأنه لم يكن ، ويؤدّي الى اعتبار العقد الذي يعود اليه غير موجود ايضاً . وما دفع يمكن استرداده » (المادة ١٩٦) .

ثانياً – « ان سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على انشاء العقد . وهو لا يعد جزءاً غير منفصل عن العقد . بل يختلف في كل نوع من العقود ، وان تكن من فئة واحدة » (المادة ٢٠٠) .

النظرية الانكليزية

ان العقود في الشريعة الانكليزية فئتان . الاولى شكلية تكفي فيها مراعاة

---

(١) Exceptio non adimpleti contractus

الشكل المطلوب ، وهو الصك المختوم [١] . ولا يشترط فيها وجود السبب ، الا في بعض المستثنيات ، كالشرط المقيّد للحرية او ما أشبه [٢] . والفئة الثانية غير شكلية ، ينبغي ان تكون مبنية على سبب ، يسمى في اصطلاحهم « الاعتبار المتقوّم » [٣] .

وان السبب او الاعتبار المتقوّم لا يعني الغاية المباشرة للعقد ، كما في النظرية الفرنسية . بل هو الغرم الذي يتكبده الدائن في الالتزام . وتعريفه انه العمل أو الامتناع أو الخسارة أو تعهد احد هذه الامور ، الذي يكون بمقابلة او باعتبار [٤] تعهد العاقد للاخر . وفي هذه النظرية ، كما في النظرية الفرنسية ، يختلف الاعتبار ايضاً عن الباعث الشخصي .

ويشترط في الاعتبار المتقوم شروط هي [٥] : —

اولاً — يجب ان يكون الاعتبار ذا قيمة بنظر القانون . فلو تعهد أحد أن ينفذ ما كان واجباً عليه شرعاً ، أو ما كان ملزماً به بمقتضى عقد سابق ، فلا يصح التعهد ، لأن الاعتبار يعدّ عندئذ غير متقوّم . ولذا لا تكفي نية التبرع وحدها في عقود التبرع ، بل يجب أن تتم هذه العقود بشكل الصك المختوم . على انه لا يشترط في العقود المتبادلة وجود المعادلة والمساواة بين موجبات الفريقين .

ثانياً — يتوجب في الاعتبار ان يصدر من العاقد الآخر . فعليه لا يصح التعاقد لمصلحة الغير [٦] .

ثالثاً — ينبغي أن يكون الاعتبار حاضراً ، ولا يكفي ان يكون ماضياً [٧] . فلو تعهد أحد ان يدفع مالاً لآخر اعترافاً بجميله نحوه ، أو لوجود دين طبيعي

---

(١) Contract under seal

(٢) انظر كتاب آنسون ، قانون العقد ، ص ٦٣ .

(٣) Valuable consideration

(٤) In consideration of

(٥) آنسون ، ص ٦٤ و ٨٨ وما بعدها ، وخصوصاً ص ٩٢ و ٩٦ و ١٠٢ و ١١٩ .

(٦) هذا مخالف للاجتهاد الفرنسي وللقانون اللبناني (المادة ٢٢٧) ، اللذين يجوزان التعاقد لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui) ، في بعض الاحوال .

(٧) Past consideration

بذمته ، فلا يصح هذا التعهد [١] .

وبعد ، فهذه القواعد والشروط المطلوبة للسبب في الشريعة الانكليزية أنتجت مساوىء عديدة ، لأن بعض العقود المفيدة اعتبرت غير صحيحة لعدم مراعاتها هذه الشروط جميعاً . ولقد انتبه رجال القانون لذلك ، فاقترحت اللجنـــة التشريعية ادخال بعض التعديلات على هذه النظرية التقليدية . إلا ان هـذه الاقتراحات لم تثمر ، لانها اثارت ضجة ومعارضة في بعض الاوساط العلمية [٢] .

(١) الموجب الطبيعي مقبول في القانونين الفرنسي واللبناني (المادة ٢ وما بعدها) .

(٢) راجع تقرير اللجنة السادس لسنة ١٩٣٧

6 th interim report of the law revision committee , 1937 , cond 5449

والمجموعة السنوية للقانون الانكليزي لسنة ١٩٣٧ ، ص ١٤٠ (**Annual survey of English law**)

ومقال المستر هامسون في مجلة القانون الفصلية (**Law Quarterly Review**) لسنة ١٩٣٨ ص ٢٣٣ .

البند الثاني

الشريعة الاسلامية

تمهيد

نحن نستبين مما قدمنا ان مسألة السبب ليست من الابحاث الواضحة الثابتة ، بل هي من المسائل الصعبة التي اختلفت فيها النظريات والقوانين كثيراً ، حتى ان اشتراط السبب كركن ضروري في العقود لم يجمع عليه العلماء والقوانين . وفوق ذلك ، فان الذين قالوا بضرورته لم يتفقوا على تعريف واحد واضح . والخلاف فيه خلاف تحليلي نظري ، وهو على كل حال من الابحاث الجديدة في تاريخ الشرائع .

لذا لا غروَ إن لم نجد مسألة السبب بين المسائل التي درسها الفقهاء المسلمون كنظرية عامة . وهم كما نعلم لم يدرسوا غالباً ما درسوه من المسائل الفقهية الا على طريقتهم العملية واسلوبهم الاستقرائي .

على انه اذا فاتهم بحث السبب كنظرية عامة في العقود ، فانه لم يفتهم بحثه بصورة علمية في علم اصول الفقه ، ولا بحثه بصورة عملية في علم الفروع وفي ابواب العقود المختلفة . وليس من العجب ان لا يهمل الفقهاء هذه المسألة المهمة . فانه اذا كانت نظرية السبب ضرورية ، واذا كان السبب ركناً حقيقياً للعقد ، فهل يعقل ان لا نجد شيئاً عنه في كتب الفقهاء المسلمين ، وهم كما اثبتنا في مواضع اخرى عديدة لم يتركوا قولا مفيداً او غير مفيد الا وقالوه ، ولا باباً عملياً او فرضياً الا وطرقوه ؟ وهل من ينكر تعمقهم في الامور وعلوّ كعبهم في ميدان الفقه ، كل ذلك طبعاً مع اعتبار نسبة الزمان والمكان ؟

ولكن لا ينبغي ان نبالغ في أهمية ما كتبوه . وكل ما نريد ان نوضحه ههنا ،

بل كل ما يمكن ان ينتظر في هـذا المعرض ، هو استخلاص موقف الشريعة الاسلامية من هذه النظرية الغامضة ، وجمع ما يتعلق بها في ضوابط معلومة ، على قدر ما نجد الى ذلك من سبيل .

السبب في علم اصول الفقه

في كتب أصول الفقه نظرية وسيعة في الاحكام الشرعيـة وما يتعلق بها من ابحاث . وبين هذه الابحاث بحث طريف عن السبب .

وتعريف السبب في اصطلاح علماء الاصول هو « كل وصف منضبط دلّ الدليل السمعي على كونه معرّفاً لحكم شرعي » . أو هو بعبارة وجيزة عامة كل أمر تسبب عنه اثر شرعي . فالزّواج سبب لحصول التوارث بين الزوجين ، والقتل أو الجرح سبب للقصاص ، والسرقة سبب للحدّ أو للعقوبة الشرعية [١] .

وان السبب بمعناه العام يشمل عند الاصوليين جميع ابواب الفقه من عبادات وعقوبات ومناكحات ومعاملات . وبهذا المعنى الواسع قيل عن الارث وعن عقود التمليك كما رأينا انها من الاسباب الشرعية التي تجوّز اخذ مال الغير . وبهذا المعنى اذن وردت ايضاً كلمة السبب في القاعدة العامة انه « لا يجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي » [٢] .

وكما يكون للملك اسباب شرعية كذلك للموجب أو الالتزام اسباب . وسبب الالتزام معنـاه المصدر الذي ينتج منه . مثاله التصرفات القولية والفعلية ، أي العقود والجرائم ، جميعا تعتبر اسبابا للالتزام الذي يصدر عنها . وهـذا المعنى كما ترى أعم من معنى السبب في العقود . بل انمـا العقود نفسها تعدّ هنا اسبابا ، « لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة » [٣] . وقد ورد استعمال السبب بهذا المعنى ايضا في القوانين الاجنبية [٤] .

---

(١) الاحكام في اصول الاحكام للآمدي (ج١ص٦٦) ، والموافقات للشاطبي (ج١ص١٨٨) .

(٢) المادة ٩٧ من المجلة . انظر ما قلناه بشأنها في الجزء الاول من هـذا الكتاب ص ٩٣ .

(٣) الفروق للقرافي ، ج ٣ ص ١٤٢ .

(٤) Causa obligationis

وكذلك في الديون الثابتة في الذمة ، وهي كما نعلم من فئة الموجبات ، لا بد من سبب أو مصدر تتولد منه . لذا قالت المجلة في دعوى الدين ان المدعي « يُسأل عن سببه وجهته . يعني يُسأل هل هو ثمن مبيع ، أو اجرة ، أو دين من جهة اخرى . والحاصل يُسأل من أي جهة كان ديناً » (المادة ١٦٢٧) .

وبهذه المناسبة لا بأس بمعرفة ما يكون الحكم لو رفض المدعي بيان سبب الوجوب . أيجبره القاضي على ذكره ، أم لا يجبره ؟ اجاب بعض المتأخرين من الفقهاء الحنفيين ان الدعوى لا تسمع عند عدم ذكر سبب الوجوب [١] . ولكن المجلة لم تتبع هذا القول ، لانها ، وان اعطت القاضي حق سؤال المدعي عن سبب الدين المدعى به، الا انها لم تقل باجباره على ذلك . ورأيها موافق للمذهب الحنفي المختار . فقد قال قاضيخان ان عامة الروايات تذكر ان القاضي لا يجبره على بيان السبب ، وروى ما قاله الامام علي بن محمد البزدوي [٢] ان المدعي قد يستحي عن بيان سبب الوجوب او يشق عليه بيان ذلك [٣] .

ولا بدّ من الملاحظة أن السبب هنا ليس سبب العقد الذي سنبينه ، بل هو الدين بالمعنى العام . فالدين كما يكون مسبباً عن عقد ، يكون مسبباً ايضاً عن غيره من مصادر الالتزام، كالاتلاف والغصب وما اشبه . والحاصل من ذلك ان لكل دين سبباً كما ان لكل التزام سبباً ، كما ان لكل حكم شرعي سبباً .

السبب في العقود

ان العقد سبب من أسباب الالتزام ، بمعنى السبب العام الذي قدمنا. ولكن هل للعقد نفسه من سبب ؟ أو بكلمة أخرى هل يطلب في العقد شرط خاص يسمى السبب ؟

في الجواب عن هذا السؤال ، لا بدّ من الاشارة الى ان الفقهاء لم يشترطوا

---

(١) راجع مثلا الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) توفي سنة ٤٨٢ هـ . وقد ولي قضاء سمرقند ، وترك تصانيف شهيرة في أصول الفقه وفروعه . انظر الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ، ص ١٢٤ — ١٢٥ .

(٣) الفتاوى الخانية ، بهامش الهندية ، ج ٢ ص ٣٧٨ .

ذلك بصورة واضحة جازمة ، بل انهم كثيراً ما خلطوا بين محل العقد وسببه . وبرغم هذا ، فانه يستنتج من بعض دراساتهم ما يقرب من النظرية السببية ، او ما يدلّ على تفكيرهم فيها بصورة ضمنية .

ويمكن الاستدلال على ذلك من القواعد الفقهية العامة . فلا مراء ان من مبادىء الشرع الاسلامي « ان كل فاعل عاقل مختار انما يقصد بعمله غرضاً من الاغراض » [١] . و« ان القصود في العقود معتبرة وانها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته » [٢] . وللعقود « سبب منصوب لحكم اذا أفاد حكمه المقصود منه يقال انه صح ، وان تخلف عنه مقصوده يقال انه بطل » [٣] .

فاذن ان لكل عقد غرضاً أو سبباً مقصوداً ، وان « كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع » [٤] . وهذا الغرض او السبب يختلف باختلاف فئات العقود . فعقد الزواج مثلاً سببه التناسل والمكارمة والمودة [٥] . والهبة « سببها ارادة الخير للواهب » ، والوقف سببه « ارادة محبوب النفس » [٦] . « والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة أو محرماً ، لم يحصل منه مقصوده ، فيبطل عقده والمعاوضة عليه » [٧] .

أو بعبارة اخرى ، لقد اعتبر الفقهاء ان السبب في عقود التبرع هو ارادة الخير والتبرع بحدّ ذاتها ، وان السبب في عقود المعاوضة هو الغرض من الانتفاع بالمعاوضة التي يقصد اليها كل من المتعاقدين .

واننا نستخلص من اقوالهم ان تعريف السبب عندهم هو « الغرض المباشر المقصود في العقد » . وهذا يؤيده ما قدمنا من الشواهد وما سنبين من النتائج . وان هذا كله يثبت على الجملة بدون تردد ولا مبالغة ان في الشريعة الاسلامية من الضوابط والاحكام ما يصلح اساساً لنظرية السبب .

---

(١) الموافقات ، ج ٢ ص ٣٢٧ .
(٢) اعلام الموقعين . ج ٣ ص ٩٦ .
(٣) المستصفى للغزالي ، ج١ ص ٦١ .
(٤) الفروق ، ج ٣ ص ١٧١ .
(٥) المصدر نفسه .
(٦) الدر المختار ، ج ٢ ص ٤٧١ و ١٤٩ .
(٧) الفروق ، ج ٣ ص ٢٣٨ .

وان هذه النظرية اوسع من النظرية السببية الفرنسية القديمة ، وأوسع من نظرية الشريعة الانكليزية. وهي قريبة من نظرية القضاء الفرنسي التي اتبعها القانون اللبناني ، لانها لا تعتبر في العقد السبب فحسب ، بل تعتبر أيضاً الباعث الشخصي اذا كان مقصوداً في العقد صراحة أو دلالة. فلذا قلنا في التعريف الذي استخلصناه، والذي لم نبتكره ، ان السبب هو الغرض المباشر المقصود في العقد ، لان الباعث يكون مقصوداً احياناً بوجه واضح اكيد. وسنرى بعض الامثلة من كل ذلك قريبا .

والخلاصة التي نراها هي ان النظرية السببية الاسلامية نظرية معنوية ، مبنية على تحرّي الارادة والغرض والقصد . فلذا نحن بكل احترام لا نوافق كل الموافقة من قال من الاساتذة الافاضل بان نظرية السبب الاسلامية « لا يمكن ان تكون إلا نظرية مادية » ، ولا بان « الشريعة الاسلامية تعدّ من الشرائع التي تتغلب فيها النظرة المادّية »[١] .

وفي تفصيل النظرية الاسلامية نلمس انه ينبغي في السبب توافر بعض الشروط، وهي : ان يكون السبب موجوداً ، ومباحاً ، وصحيحاً . ونحن نوضح كلاً منها بكلمة ، بعد ان نبين حكم الوعد المجرد في الشريعة الاسلامية .

الوعد المجرد

ان الوعد المجرد هو التعهد الذي لا يستند الى سبب . ولقد قلنا انه مقبول في بعض الشرائع ، كما في المانيا مثلا ، وانه غير مقبول بوجه عام في الشرائع التي اخذت بنظرية السبب .

أما في الشريعة الاسلامية ، فقد ورد في الحديث الشريف : « آية المنافق ثلاث ، اذا حدّث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا ائتمن خان »[٢] . وقد كان في تفسير هذا الحديث خلاف بين الفقهاء .

---

(١) نظرية العقد ، للدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا ، رقم ٥٦٢ .

(٢) روي في الصحيحين وفي سنن الترمذي والنسائي . انظر شرح العيني على البخاري (ج ١ ص ٢١٨ – ٢١٩) ، وصحيح مسلم (ج ١ ص ٥٦) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٢٥) .

فالامام ابن شبرمة ، وهو صاحب أحد المذاهب البائدة ، قال بان الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر . وقال الامام مالك برأي وسط ، وهو ان مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به ، الا ان كان مقروناً بذكر السبب او ان ادخل الموعود بكلفة ، فحينئذ يلزمه الوفاء به . مثاله « من قال لآخر تزوّج ولك كذا ، فتزوّج لذلك ، وجب الوفاء به » [١] .

ولكن باقي الائمة المسلمين قالوا بان مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به ، « ولا يكون فرضاً من انجاز الوعد والعهد الا على من وعد بواجب عليه ، كانصاف من دين او اداء حق فقط » [٢] . فعندئذ لا يكون اللزوم في الحقيقة من الوعد ، بل من الواجب السابق الموجود .

واليك بعض الامثلة من المجلة وغيرها من مراجع الحنفيين . قالت المجلة : « لو أمر أحد آخر باداء دينه بقوله أدّ ديني الذي مقداره كذا من مالك ، فوعد بتأديته ، ثم امتنع من الاداء ، لا يجبر على ادائه بمجرد وعده » (المادة ١٥١١) .

وكما ان من وعد غيره بقضاء دينه لا يلزم بشيء [٣] ، كذلك اذا وعد أحد غيره بان يعطيه غلال ارضه الفلانية ، فلا يلزمه الوفاء بوعده شرعاً [٤] .

الا ان الامر يكون على خلاف ذلك اذا كان الوعد معلقاً بشرط . ففي الفتاوى البزازية [٥] قاعدة كلية نقلتها المجلة وفسرتها هكذا : « المواعيد باكتساء صور التعاليق تكون لازمة . مثلاً لو قال رجل لآخر بِعْ هذا الشيء لفلان ، وان لم يعطك ثمنه فانا أعطيه لك ، فلم يعطِ المشتري الثمن ، لزم على الرجل اداء الثمن المذكور ، بناء على وعده المعلق » (المادة ٨٤) .

وبعبارة اخرى ، ان الوعد اذا اكتسى او لبس صورة التعليق بشرط ، كما في تعهد الدفع للدائن عند تمنع مدينه عن الدفع ، هذا الوعد يعتبر كفالة لازمة . اما

---

(١) الفروق (ج ٤ ص ٢٥) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ٢٥٧) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١١٢٥) .

(٢) المحلى في الموضع المذكور .

(٣) الفتاوى البزازية ، ج ٣ ص ٣ ، بهامش الهندية .

(٤) الاشباه لابن نجيم (ص ١١٥) ، وشرحه للحموي (ج ٢ ص ١١٠) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٣٧٢) .

(٥) البزازية في الموضع المذكور .

فيما عدا ذلك ، فيكون الوعد مجرداً ، ولا يلزم الوفاء به شرعاً .

وشبيه بالوعد المجرد الاقرار المجرد . فهذا ايضاً لا يكون سبباً للالتزام ، لان « حكم الاقرار هو ظهور المقر به ، لا حدوثه بداءة » ، أي ان الاقرار من هذه الجهة اخبار لا انشاء . « بناء عليه لو ادعى المدعي على المدعى عليه شيئاً وجعل سببه اقراره فقط لا تسمع دعواه ... وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي بذمة هذا الرجل كذا قروش من جهة القرض حتى انه هو كان قد أقر بانه مدبون لي بهذا المبلغ من هذه الجهة ، تسمع دعواه . اما اذا ادعى بقوله ان لي بذمة هذا الرجل كذا قروش لانه كان قد أقر بانه مدبون لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض ، فلا تسمع دعواه » (المادة ١٦٢٨) .

وجود السبب

لقد بينّا الآن ان الوعد المجرد غير ملزم في الرأي السائد عند الفقهاء ، وذلك لانه لا يستند الى سبب او غرض مقصود .

ولا بدّ من ان يكون السبب موجوداً حقيقة . مثاله لو استأجر أحد اجيراً لاجراء عمل لقاء اجرة ، وكان هذا العمل فرضاً او واجباً على الاجير قبل العقد ، لم تصح الاجارة . مثلاً لو استأجر رجل « زوجته لترضع طفلها لم يجز ، لان الارضاع مستحق عليها ديانة » [1] . وتعليله ان مثل هذا العقد لا يستند إلى سبب في الواقع . وهذا شبيه بما رأيناه في الشريعة الانكليزية بشأن « الاعتبار المتقوّم » .

ولا يشترط وجود السبب أو الغرض المقصود فحسب ، بل يجب دوامه اثناء العقد . فعليه يكون الغرض هذا سنداً للعقد في حدوثه ، وهو يعيّن دوامه ما دام موجوداً ، ويسبب سقوطه عند زواله .

ومما يوضح ذلك قضية عرضت على مجلس المشاورين في قرطبة . وخلاصتها ان رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً ، وامهلته لمدة خمس سنين . ولكنه طلقها بعد سنة ونصف . فقاضته الزوجة تطلب حلول الدين وسقوط الاجل . فرفع القاضي أمرها الى ذلك المجلس فافتى ابن عتاب لمصلحتها ، معللاً بان « هذا الاتفاق كان

---

(١) الفتاوى الهندية (ج ٤ ص ٤١٩) ، والهداية (ج ٢ ص ٣٨) .

ملحوظاً فيه ود الزوجية واستدامة الصحبة ، فاما وقد انفصمت فقد زال السبب الموجب للتأجيل » [1] .

وبكلمة أخرى ، كان الغرض الدافع لقبول الاجل في العقد حسن العلاقة الزوجية . فلما زال هذا الغرض ، أصبح الاجل بلا سبب ، ومن ثم لزم ان يزول بزواله .

وبمعناه روي عن ابن حنبل وغيره انه قال في « هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك ، فان سببها استدامة النكاح ، فان طلقها فلها الرجوع فيها » [2] . وايضاً من اكترى فندقاً أو حماماً ما فانجلى أهل البلد عنه أو قل وارده ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه [3] .

ومثل آخر يبين فسخ العقد عند فوات الغرض المقصود منه . فقد ورد في المجلة انه : « لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة . مثلاً لو استؤجر طباخ للعرس ومات احد الزوجين تنفسخ الاجارة . وكذلك من كان في سنه ألم ، وقاول الطبيب على اخراجها بخمسين قرشاً ، ثم زال الالم بنفسه ، تنفسخ الاجارة . وكذلك تنفسخ الاجارة بوفاة الصبي أو الظئر [4] ، ولا تنفسخ بوفاة المسترضع » (المادة ٤٤٣) . فانت ترى من هذا ومن غيره من الامثلة ان الغرض المقصود يشمل بالتعبير الحديث السبب ، ويشمل ايضاً الباعث الشخصي اذا كان من صلب العقد .

وكما ان الغرض يشترط وجوده لدوام العقد ، كذلك ينظر الى الغرض ايضاً لتفسير العقد ولتحديد مداه . مثاله ينظر الى غرض الاشتراء عند تعيين توابع المبيع في عقد البيع ، وان لم تذكر هذه التوابع صراحة في العقد . فلو بيع قفل دخل مفتاحه في البيع ، لان غرض الشراء لا يتم بدونه (المادة ٢٣١) . فالسبب هنا مفسّر ومتمم له .

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون (مصر ، ١٣٠٢ هـ ، ج ٢ ص ٦٨) ، وتعليق الشيخ سليمان في رسالته « بأي شرع نحكم » (رقم ٣٧) .

(٢) القواعد لابن رجب (القاعدة ١٥٠ ، ص ٣٢٢) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٦٥) .

(٣) البهجة شرح التحفة ، ج ٢ ص ٣٣ .

(٤) هي العاطفة على ولد الغير والمرضعة له .

اباحة السبب

لا يكفي أن يكون السبب موجوداً ، بل يجب ان يكون مباحاً ايضاً ليصح العقد . فلقد رأينا سابقاً ان الرشوة باطلة لانها تقع على محل أو موضوع محرم من جانب المرتشي ، وهو العمل غير المشروع . اما موضوع العقد من جانب الراشي ، اي المال ، فهو مباح بحد ذاته . ولكن الغرض المقصود منه غير مشروع . لذلك كان دفع المال بقصد الرشوة باطلا من جانب الراشي ايضاً ، لعدم اباحة السبب . ويحق للراشي استرداد ما دفعه ، لان الدفع جرى بلا غرض مشروع [١] .

وقد قال ابن رجب بمعناه بان اسباب العقود تعتبر في التمليكات ، وان الامام ابن حنبل لم يجوز لذلك الهدية للقاضي ممّن لم تجر العادة بهديته له ، ولا الهدية لمن يشفع للمعطي بشفاعة عند السلطان ونحوه [٢] .

ولا شك في أن هذا التفصيل بين السبب والمحل ليس من كتب الفقه الاسلامي ، بل هو نتيجة التحليل الذي توصل اليه علماء القانون اليوم ، والذي نراه ينطبق على ما قاله الفقهاء من حيث الخلاصة [٣] .

ومن امثلة تحريم العقود لعدم اباحة الغرض ما جاء في المذهبين الحنبلي والظاهري وفي احد قولي المذهب المالكي من بطلان بيع كل شيء يقصد به غرض محرم ، كبيع العصير او التمر او العنب لمن يتخذه خمرا ، او بيع السلاح لاهل الفتنة أو لقطاع الطرق ، أو بيع الجوز أو البيض للصبيان لاجل اتخاذه وسيلة للقمار ، أو ما أشبه من البيوع . ويشترط لبطلان البيع في هذه الامثلة علم البائع بقصد المشتري المحرم [٤] .

فهنا كان الغرض المقصود في العقد غير مباح ، فكانت نتيجته بطلان العقد . وانت ترى ان هذا الغرض المقصود ليس السبب بمعناه الضيق ، بل هو الباعث

---

(١) انظر المراجع التي ذكرناها آنفاً في فصل موضوع العقد ص ٨٠ .

(٢) القواعد ، القاعدة ١٥٠ ، ص ٣٢٢ .

(٣) راجع مثلا نظرية العقد للدكتور سنهوري (رقم ٥٣١) ، وجوسران (ج ٢ رقم ١٤٠) .

(٤) المغني والشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٠ ـ ٤١ و ٢٨٣ ـ ٢٨٤) ، والمحلى (ج ٩ رقم ١٥٤٢) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٦٧) .

الشخصي الظاهر والمقصود في العقد [١].

ويبطل العقد في الشرع الاسلامي لعدم اباحة الغرض في أمثلة اخرى. منها انه «لا يجوز لابوي الزوجة او أحد أقاربها ان يأخذ من الزوج دراهم او أي شيء كان لقاء تزويجها او تسليمها» [٢]. وقد قال ابن البزّاز ان هذا من نوع الرشوة [٣]. وهو حكم متفق عليه عند الحنفيين وغيرهم، ويطبق على الاقارب وغير الاقارب. فقد سئل صاحب الفتاوى الخيرية «في رجل تزوج زوجة، فتعرض له شخص يقول: هذه فلاحتي واطلب عليها خلعة، هل يجوز ان يحكم بذلك ام لا ...؟ فأجاب: يحرم عليه ذلك باجماع المسلمين» [٤].

وشبيه بهذه المسألة ما استقرّ عليه اجتهاد القضاء في اوروبا من تحريم السمسرة في أمور الزواج، باعتبارها ترتكز على سبب غير مشروع ومخالف للآداب [٥].

صحة السبب

يجب في السبب، علاوة على الشروط السابقة، ان يكون صحيحاً، ولا يكفي اذاً السبب المغلوط او السبب الصوري.

فلو ظن شخص وجوب النفقة عليه لمن يستحقها فالتزمها، كالتزامها للزوجة الناشزة مثلاً او التزام الجد نفقة اولاد ابنه مع وجود ابيهم الموسر، فالالتزام باطل ولا يلزم الملتزم بشيء [٦]. وتعليله ان الالتزام بني على سبب مغلوط، فكان

---

(١) من هذا الرأي الاستاذ القرداحي في كتابه الفرسي «الشروط العامة للبيع»، بيروت، ١٩٤٥، ص ١١٤.

(٢) هذه عبارة المادة التسعين من قانون العائلة العثماني، الصادر في ٨ المحرم سنة ١٣٣٦ هـ (الموافق ٢٥ تشرين الاول سنة ١٣٣٣ مالية او ١٩١٧ ميلادية)، المعمول به في المحاكم الشرعية السنية اللبنانية، بمقتضى المادة ١١١ من المرسوم الاشتراعي ذي العدد ٢٤١ المؤرخ في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢، المتعلق بتنظيم المحاكم الشرعية تنظيماً جديداً.

(٣) الفتاوى البزازية، ج ١ ص ١٥٤ — ١٥٥ (بهامش الهندية).

(٤) الفتاوى الخيرية، ج ١ ص ٢٨.

(٥) آنسون، قانون العقد (ص ٢٣٩)، وجوسران (ج ٢ رقم ١٣٥)، وكولان وكابيتان (ج ٢ ص ٣٠٠).

(٦) كسبار، التتمة الفقهية، ص ٤٥ — ٤٦.

لذلك باطلاً .

ومن أمثلة السبب المغلوط ايضاً ما لو ادعى أحد داراً في يد رجل آخر، فصالحه هذا على بدل من المال وسلمه اليه ، ثم برهن المدعى عليه انه كان اشترى الدار من المدعي قبل الصلح . فهنا يبطل الصلح ، ويجب على المدعي رد البدل [١] . وتعليل ذلك ان الصلح بني على سبب مغلوط ، فبطل بظهور حقيقة الامر .

اما السبب الصوري ، ففيه أمثلة مختلفة متناقضة ، سنرى بعضاً منها في مسألة عقود التلجئة . والآن نكتفي بمثل واحد فقط. فقد سئل خيرالدين المنيف عن رجل تزوّج زوجة بمهر قدره مائة وعشرون باشهاد شرعي . ثم تواضع الطرفان وصرحا لدى المحكمة ان العقد جرى على سبعين فقط تهرباً من دفع محصول كبير ، فهل العبرة بالمهر الحقيقي أم بالتسمية الثانية الصورية؟ فاجاب ان العبرة بمهر المائة والعشرين ، لان الثاني ثبتت فيه المواضعة بالوجه الشرعي [٢] .

وختاماً ، هل يسمع الادعاء بعكس السبب المصرح به او بعدم اباحته ؟ يجوز ذلك في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن السبب المصرح به يبقى صحيحاً إلى ان يثبت عكسه (المادة ١٩٩) .

وبمعناه جاء في شرح الوهبانية : « اذا اقر رجل بما في صك واشهد عليه ، ثم ادعى ان بعض هذا المال قرض وبعضه ربا ، فان اقام البينة على ذلك تقبل » . ولكن هذا القول ليس هو المختار للفتوى ، بل الفتوى هي على قول الامام ابي يوسف بان البينة لا تقبل على عكس الاقرار المذكور ، وان ليس للمقر الا تحليف المقر له اليمين [٣] .

والى هذا ذهبت المجلة ، فنصت على انه : « اذا ادعى أحد بكونه كاذباً في اقراره الذي وقع فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً . مثلاً إذا أعطى احد سنداً لآخر محرراً فيه انه قد استقرضت كذا دراهم من فلان ، ثم قال وان كنت اعطيت هذا السند لكنني ما أخذت المبلغ المذكور منه فيحلف المقر له بعدم كون المقر كاذباً في اقراره هذا » (المادة ١٥٨٩) .

---

(١) البزازية ، ج ٣ ص ٣٢ (بهامش الهندية) .
(٢) الفتاوى الخيرية ، ج ١ ص ٢٨ .
(٣) الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ص ٤٣٥ .

الفصل السادس

اهليـــة المتعاقـــدين

البند الاول

الحجر واسبـــابه

اهلية الوجوب واهلية الاداء

لا بدّ في العقود من عاقدين أو اكثر ، لان الانعقاد ينتج من ارتباط ارادتين مستقلتين ، ولانه لا يمكن لشخص واحد ان يتعاقد مع نفسه كما اوضحنا . ولا بدّ ايضاً من ان يكون كل من العـــاقدين اهلا للتعاقد ، اي حائزاً القدرة الشرعية لذلـــك .

وان الاهلية عند علماء اصول الفقه نوعان [1] : اهلية الوجوب واهلية الاداء [2] . فاهلية الوجوب هي « وصف يصير به الانسان اهلا لمـــا له وعليه » ، أو هي « صلاحية (المرء) لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه » . وان هذه الاهلية تكون في الاصل لكل آدمي بعد ولادته ، حتى أن الجنين نفسه كما سنرى له اهلية ناقصـة للوجوب .

ولكن اهلية الوجوب وحدها لا تكفي للتعاقد ، بل ينبغي ايضاً وجود اهلية الاداء . وهي القدرة على استعمال الحقوق التي تكون للمتعاقد . فالمرء يولد اهـلاً للوجوب ، ولكن قبل سن التمييز يبقى غـير اهل للاداء ، لانه لا يكون حينئذ

---

(١) انظر شرح المنار لابن ملك (ص ٣٣٣ ـ ٣٣٥) ، ومنافع الدقائق (ص٢٨١ـ٢٨٣).

(٢) بالفرنسية يقال للاولى(Capacité de jouissance) وللثانية(Capacité d'exercice)

قادراً بذاته على استعمال حقوقه أو تأدية واجباته .

وتكون اهلية الاداء متفاوتة الدرجات . فالطفل غير المميز ، او من كان في حكمه كالمجنون ، عديم اهلية الاداء . ثم الصبي المميز أو من كان من فئته كالمحجور عليه للسفه ، يكون ناقص الاهلية أو ذا أهلية قاصرة ، لانه اهل لاجراء بعض التصرفات دون بعض . واخيراً الرجل العاقل المميز الراشد يعتبر كامل الاهلية .

ونحن لا نتعرض هنا لتفصيل هذه الامور جميعاً ، ولا لبيان جميع العوارض ، من سماوية او مكتسبة ، التي تؤثر في الاهلية . بل اننا نحصر البحث في اهلية التعاقد بوجه عام وفي العوارض التي تؤثر فيها .

الحجر

ان الحَجْر لغة معناه المنع والتضييق . واصطلاحاً معناه ، بعبارة المجلة : « منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ، ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور » (المادة ٩٤١) . وبكلمة وجيزة ، ان الحجر شرعاً هو عدم أهلية التعاقد واجراء التصرفات القولية . وهذا هو المعنى الذي استعمل في كتب الفقه وفي مجلة الاحكام العدلية ، والذي نستعمله في هذا الفصل .

على ان هذه الكلمة استعملت احياناً بمعناها اللغوي . مثلاً جاء في المجلة أنه : « يحجر على بعض الاشخاص الذين يضرون بالعامة ، كالطبيب الجاهل . لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل ، لا منع التصرفات القولية » (المادة ٩٦٤).

ويكون الحجر على نوعين : حكمي وقضائي . فالحجر الحكمي يشمل من كان محجوراً عليه لذاته ، دون حاجة إلى حكم القاضي . وأهم أسبابه صغر السن والجنون والعته والرق ومرض الموت . فعليه جاء في المجلة ان « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » (المادة ٩٥٧) .

أما الحجر القضائي فهو الذي يحكم به القاضي في بعض الاحوال . مثاله قالت المجلة : « للحاكم ان يحجر على السفيه ... وعلى المديون بطلب الغرماء » (المادتان ٩٥٨ — ٩٥٩) .

وان المحجور عليهم طائفتان : فمنهم من هو فاقد الاهلية بتمامها ، كالمجنون

والطفل غير المميز . ومنهم من هو ناقص الاهلية فقط ، كالمعتوه والصبي المميّز .

ولا شك في ان بحث الحجر والمحجور عليهم يعود الى موضوع الاحوال الشخصية . فهو إذن خارج عن بحثنا في هذا الكتاب . لذا نقتصرُ ههنا على كلمة موجزة فيه ، وذلك من ناحية علاقته بانشاء العقود .

وان الحجر لا يتعلق في الاصل الا باهلية التعاقد أو أهلية التصرف القولي ، دون أهلية التصرف الفعلي التي مر الكلام عليهـــا في الجزء الاول ، والتي تختص بالضمان او المسؤولية الناجمة عن الاعمال غير المباحة . فالمحجور عليهم ، بعبارة المجلة : « وان لم يعتبر تصرفهم القولي ، لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشآ من فعلهم . مثلا يلزم الضمان على الصبي اذا أتلف مال الغير ، وان كان غير مميز » (المادة ٩٦٠) .

وأهم اسباب الحجر عند جمهور الفقهاء هي الصغر والجنون والعته والرق والسفه والدين ومرض الموت . وقد ذكرت هذه جميعاً في المجلة ، ما عدا الرق لعدم الفائدة منه في الواقع . أما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فانه لم يتعرض الا للصغر . ففي باقي الاسباب ، يجب الرجوع إذنْ في لبنـــان اليوم الى أحكام المجلة ، اذا لم يكن ما يناقضها او يخالفها في القانون الجديد . و كذلك عدّ بعض الفقهاء الانوثة او الزوجية بين اسباب الحجر كما سنرى .

البند الثاني

الصغر

الادوار المختلفة

ان اهليـــة الوجوب تبتديء في الاصل بالولادة وتنتهي بالوفاة . وقد تكون احياناً للجنين قبل الولادة ايضاً . ولكن اهلية الاداء بوجه عام ، واهليـة التعاقد بوجه خاص ، لا تكون دائماً مع اهلية الوجوب ، بل يشترط فيها وجود درجة من التمييز تعدّ شرعاً كافية لاجل التعبير عن الرضى الذي هو الركن الاساسي للعقود .

ولاجل تقدير هذه الاهلية ، لا بدّ من بحث الادوار المختلفة التي يمر بها المرء في حياته . فيكون بحسب تدرّجه في هذه الادوار جنيناً ، فصغيراً غير مميز ، فصغيراً مميزاً ، فصغيراً مأذوناً ، فبالغاً ، فراشداً .

الجنين

لا يكون الجنين ابداً اهلاً للاداء . وكذلك لا يكون اهلاً لوجوب الحقوق عليه . مثاله لو اشترى الولي شيئاً له لا يجب عليه الثمن ، ولا تجب عليه ايضاً نفقة الاقارب ولا شيء من الواجبات ابداً .

ولكن الجنين اهل لوجوب الحقوق له، كالارث والوصيـة والنسب. مثلا لو مات رجل وامرأته حامل ، فالجنين يعدّ من الورثة . وتعليله ان الجنين ، وان كان « قبل انفصاله عن الام جزءاً لها من وجه » ، الا انه منفرد بالحياة ومعدّ للانفصال عنها [1] .

(۱) شرح المنـار لابن ملك (ص ٣٣٤) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٨٤ ص ١٧٨ وما بعدهـا) .

لذا اعتبر اهلا للوجوب فيما يعود عليه بالمنفعة [١] .

الصغير غير المميز

ان اهليــة الاداء عند الطفل لا تبتدىء الا من وقت وصوله الى درجة الفهم والتمييز . ولكن بما ان اهلية الوجوب تكون منذ الولادة ، كان لا بدّ من تعيين وليّ ينظر في مصالح الصغير غير المميّز ويقوم عنه في ادائها .

فلذا جاء في المجلة انه « لا تصح تصرفات الصغير غير المميّز القولية ، وان اذن له وليه » (المادة ٩٦٦) . وهذا الحجر يكون في جميع التصرفات ، سواء ما كان منها غير نافع كالهبة أو الاعارة ، او ما كان نافعاً كالاستعارة وقبول الهبة ، أو ما كان متردداً بين هاتين الفئتين كالبيع والاجارة والشركة والصلح وما أشبه . فجميع التصرفات القولية الصادرة عن الصغير غير المميّز باطلة ، لان العقل أو التمييز شرط لصحة الرضى أو لوجود الرضى الحقيقي ، الذي هو ركن لكل عقــد او لكل تصرف قولي [٢] . وبمعناه نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على « أن تصرفات الشخص المجرد كل التجرد من قوة التمييز (كالصغير والمجنون) تعــدّ كأنها لم تكن ... » (المادة ٢١٦) .

اما معنى التمييز ، فهو غــير مقدّر بسنّ معينة عند جمهور الفقهاء . فبعضهم عرّف المميّز بانه « الذي يفهم الخطـابَ ويردّ الجواب ، ولا ينضبط بسنّ ، بل يختلف باختلاف الافهام ونحوه » [٣] . والحنفيون عرّفوه بانه « الذي يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة » [٤] .

وهذا ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية ، فنصّت على ان « الصغير غير المميّز

---

(١) في الامثال اللاتينية يعتبر الجنين بمنزلة المولود فيما كان فيه نفعه :
Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur

(٢) انظر شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٦٢) ، ومجلة الاحكام العدلية (المواد ٣٦١ و ٤٤٤ و ٤٥٨ و ٦٨٤ و ٧٠٨ و ٧٧٦ و ٨٠٩ و ٨٥٩ و ١٣٣٣ و ١٤٣٣ و ١٤٤٣ و ١٤٥٧ و ١٤٥٨ و ١٥٣٩) .

(٣) شرح الخرشي على سيدي خليل ، ج ٤ ص ٣٤٧ .

(٤) شرح الزيلعي على الكنز ، ج ٥ ص ١٩١ .

هو الذي لا يفهم البيع والشراء ، اي لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ، ولا يميز الغبن الفاحش ، مثل ان يغشّ في العشرة بخمسة ، من الغبن اليسير . والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز » (المادة ٩٤٣) .

وكذلك القانون اللبناني لم يحدّد سناً معينة للتمييز . ولكن بعض القوانين اعتبرت سنّ التمييز سبع سنين فاكثر . ومن هذه القوانين قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية المصري [١] ، والقانون المدني الالماني (المادة ١٠٤) . وهي ايضاً سن التمييز في امور الصلاة عند المسلمين [٢] .

وان وليّ الصغير عندالشافعي هوالاب او الجد، وهو عندعدمهما الوصي المنصوب من جهتهما ، وعند عدم الوصي تكون الولاية للقاضي أو لمن ينصبه القاضي . والولي عند مالك هوالاب ثم وصيه ثم القاضي [٣] .أما عند الحنفيين فالرأي المختار يقدم وصي الاب أو وصي وصيه على الجد .

فعليه جاء في المجلة : « وليّ الصغير في هذا الباب : اولاً ابوه ، ثانياً الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حال حياته اذا مات ابوه ، ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات ، رابعاً جده الصحيح أي ابو ابي الصغير أو ابو ابي الاب ، خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته ، سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي ، سابعاً القاضي أو الوصي المنصوب من قبله » (المادة ٩٧٤) .

ولا بدّ من التنبيه إلى أن هذه الولاية تختص بمال الصغير فقط . أما الولاية على نفسه فتكون للابوة، فالاخوة ، فالعمومة ، على ترتيب الارث ، ثم للقاضي . وتقدم قرابة الام على القاضي عند الحنفيين [٤] . وعلى كل حال ، فتفصيل هذا وبيان سلطة الاولياء والاوصياء وما يجوز لهم تعاطيه وما لا يجوز ، كله يتعلق ببحث

---

(١) انظر المادة ٤٩٤ منه ، وشرحها للابياني (ج ٢ ص ٢٢٣) . وعلى هذا تمشى القضاء المصري ، انظر الاحكام المذكورة في كتاب الدكتور السنهوري (رقم ٣٢٨ ، هامش اول) .

(٢) المستصفى ، ج ١ ص ٥٤ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز (ج ١٠ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٠٧).

(٤) انظر الوجيز (ج ٢ ص ٥) ، والمواد ٣٥ ـ ٣٧ و ٣٣٤ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية.

الاحوال الشخصية ، ويخرج عن موضوعنا الآن .

الصغير المميز

ان أهلية الاداء عند الصغير المميز ناقصة ، لان ادراكه ناقص . فلذا أجاز له الشرع والقانون بعض التصرفات القولية دون البعض الآخر .

ففي قانون الموجبات والعقود اللبناني ، تعتبر تصرفات المميز قابلة للابطال بناء على طلبه ، ولكن بشرط اثبات وقوع الغبن في العقد (المادة ٢١٦) . وهو قول يستند الى القاعدة المعروفة اليوم بان الصغير لا تفسخ تصرفاته لوصفه صغيراً بل لوصفه مغبوناً [١] .

وفي هذه المسألة تفصيل عملي طريف في المجلة وعند جمهور الفقهاء . فقد قسمت التصرفات القولية الى ثلاث فئات وهي : التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، والتصرفات المضرة ضرراً محضاً ، والتصرفات الدائرة بين هاتين الفئتين .

ففيها جميعاً قالت المجلة : « يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض ، وان لم يأذن به الولي ولم يجزه ، كقبول الهدية والهبة . ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض ، وان اذنه بذلك وليه واجازه ، كأن يهب لآخر شيئاً . واما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الاصل ، فتنعقد موقوفة على اجازة وليه . ووليه مخير في اعطاء الاجازة وعدمها ، فان رآها مفيدة في حق الصغير اجازها ، والا فلا . مثلا اذا باع الصغير مالا بلا إذن ، كان نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه ، وان كان قد باعه بازيد من ثمنه ، لان عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الاصل » (المادة ٩٦٧) .

وان هذا التقسيم العملي يرتكز على تعليل معقول. ففي الفئتين الاولى والثانية، تقضي مصلحة الصغير بقبول تصرفاته النافعة نفعاً محضاً وببطلان التصرفات المضرة ضرراً محضاً. اما الفئة الثالثة الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء والاستئجار والاجارة والرهن والارتهان والاقراض والاستقراض وما اليها ، اذا عقدها الصغير انعقدت موقوفة على اجازة الولي [٢] ، لان هذا الولي الذي له ان يأذن الصغير المميز

---

(١) انظر المادة ١٣٠٥ من القانون المدني الفرنسي . ومن الامثال اللاتينية :
Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus .

(٢) حاشية الشلبي على الزيلعي ، ج ٥ ص ١٩١ — ١٩٢ .

باجراء هذه العقود ، له ايضاً ان يجيزهـــا بعد اجرائها بدون إذن سابق ، وفق القاعدة القائلة بان « الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء » [١] .

وان القول باعتبار عقود الصغـــير المميز التي تدور بين النفع والضرر عقوداً موقوفة على اجازة الولي هو قول ابي حنيفة ومالك . وقال احمد بن حنبل ان هذه العقود تصحّ فقط اذا أذن بها الولي قبل عقدها . اما الشافعي فانه قال بعدم صحة هذه العقود اصلاً ، ولو أذن بها الولي ، لانه يعتبر جميع العقود الموقوفة باطلة ، كما مرّ معنا في باب الفضولي . وقال بوجه عام ان كل منفعـــة امكن تحصيلها بمباشرة الولي لا يجوز تحصيلهـا من قبل الصغير المميز ، والعكس بالعكس . فعليه لا يصح للصغير عنده ان يبيع ويشتري ، لان وليه قادر على القيام عنه بذلك ، ولكن تصح وصيته اذا كان مميزاً ، لان الولي لا يقدر على مباشرتها عنه [٢] . وتصحّ وصية الصغير المميز في باقي المذاهب أيضاً ،ما عدا المذهب الحنفي ، ففيه لا تجوز وصية المميّز قبل بلوغه إلا في أمر تجهيزه ودفنه [٣] .

الصغير المميز المأذون

ان فئة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، التي يتعاطاها الصغـير المميّز ، تتوقف إذاً على اذن الولي أو على اجازته . ولكن هل للولي ان يأذن الصغير المميز بتعاطي التجارة او تعاطي العقود المتكررة ، دون الاقتصار على واحـــد منها ؟ وهل يصح تصرف المأذون على هذا الوجه ؟

قال الحنفيون والامام مالك والامام احمد بن حنبل في احـدى الروايتين عنه بجواز ذلك . وقال بعـــدم جوازه الامام الشافعي والامام احمد في الرواية

---

(١) المبسوط (ج ٢٤ ص ١٨٢) ، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ١٢٣) .

(٢) فتح العزيز (ج ٨ ص ١٠٦ و ج ١٠ ص ٢٧٥) ، والفروق (ج ٣ ص ٢٢٧) ، والبـــدائع (ج ٧ ص ١٧١) ، وشرح المنـــار لابن ملك (ص ٣٣٧ — ٣٣٨) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٦١) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٥٨) .

(٣) الهداية (ج ٤ ص ١٩١) ، والمهذب (ج ١ ص ٤٥٦) ، والمغني (ج ٦ ص ٥٢٦) ، والقوانين الفقهية (ص ٤٠٥) .

الثانية عنه ١ .

ففي الاذن ورد في المجلة ان « للولي أن يسلم الصغير المميز مقـداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لاجل التجربة ، فاذا تحقق رشده دفـع وسلم اليه باقي أمواله » (المادة ٩٦٨) . وان « العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن بالاخذ والاعطاء . مثلاً لو قال الولي للصغير بعْ واشترِ ، او قال له بعْ واشترِ المال الفلاني ، فهو اذن بالبيع والشراء . وأما أمر الولي الصبي باجراء عقـد واحد فقط ، كقوله له اذهب الى السوق واشترِ الشيء الفلاني ، فليس باذن ، بل انمـا يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمعتاد » (المادة ٩٦٩) .

وكذلك يجوز « للولي ان يحجر الصغير بعـد ما اذنه ويبطل ذلك الاذن ، ولكن يشترط ان يحجره على الوجه الذي اذنه به . مثلاً لو اذن الصغير وليه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لاهل سوقه ثم اراد ان يحجر عليه ، فيشترط أن يكون الحجر ايضاً عاماً ، فيصير معلوماً لا كثر اهل تلك السوق . ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين او ثلاثة في داره » (المادة ٩٧٣) .

وان الولي في هذا الباب هو ولي الصغير في ماله ، على ما اوضحنا سابقاً . فهو وحده يصح له أن يأذن الصبي . « اما اذا اذنه أخوه وعمـه وسائر الاقارب ، ان لم يكونوا اوصياء ، فاذنهم غير جائز » (المادة ٩٧٤) .

وفوق ذلك ، « للحاكم أن يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن ، ولو كان اقوى منه ولاية ، وذلك اذا رأى في تصرفه نفعاً . وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك » (المادة ٩٧٥) .

وان الاذن يبطل بوفاة الولي الذي جعل الصغير مأذوناً ، ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته ولا بعزله (المادة ٩٧٦) . وان « الصغير المأذون من حاكم يجوز ان يحجر عليه من ذلك الحاكم او من خلفه . وليس لابيه أو غيره من الاولياء ان يحجر عليه عند موت الحاكم أو عزله » (المادة ٩٧٧) .

و « لو أذن للصغير من قبل وليه كان في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة

---

(١) كتاب آداب الاوصياء للمنلا فضيل الجمالي البكري (بهامش جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٦٦) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ج ٤ ص ٥٣٣) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٧١ و ١٩٣) .

البالغ ، فتكون عقوده التي هي كالبيع والشراء معتبرة » (المادة ٩٧٢) .

ولكن ما هي هذه الخصوصات الداخلة تحت الأذن ؟ قال الحنبليون والامام زفر الحنفي ان الأذن توكيل وانابة . فلذا هو كالوكالة قابل للتقييد والتخصيص ، اي انه يجوز أن يكون عاماً شاملا ، أو خاصاً مقيداً . أما ابو حنيفة وصاحباه فقد اعتبرا الأذن بمنزلة اسقاط حق الولي . فالاذن لذلك لا يتقيّد ، بل لا يكون الا عاماً [١] .

وقد اخذت المجلة بالرأي الحنفي المختار ، فقالت « لا يتقيّد ولا يتخصّص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء . مثلاً لو أذن الوليّ الصغير المميّز يوماً أو شهراً يكون مأذوناً على الاطلاق ، ويبقى مستمراً على ذلك الاذن ما لم يحجره الولي . وكذا لو قال له بعْ واشترِ في السوق الفلانية ، يكون مأذوناً في كل مكان . كذلك لو قال له بعْ واشترِ المال الفلاني فله ان يبيع ويشتري كل جنس من المال » (المادة ٩٧٠) .

وان الاذن ، متى كان صريحاً لا يكون فيه مجال للخلاف . ولكن لو رأى الولي الصغير المميّز يتعاطى التجارة أو البيع والشراء وسكت ، فهل يعتبر سكوته اذناً ؟ ان هذا من المسائل الخلافية بين الفقهاء . فعند الحنبليين وعند بعض الحنفيين كالامام زفر وصاحب الفتاوى الصغرى وغيرهم لا يعد السكوت اذناً . اما في الرأي المختار عند الحنفيين والمالكيين ، فسكوت الولي يعدّ اذناً ، لكن سكوت القاضي لا يعد كذلك . وقال بعض المالكيين لا يكون السكوت اطلاقاً لبد المحجور عليه ولا اخراجاً له من الحجر ، بل يكون اجازة للعمل المخصوص الذي سكت عنه الولي ليس الا [٢] .

وبطبيعة الحال أخذت المجلة بالقول الحنفي المختار ، فنصّت على انه : « كما يكون الاذن صراحة ، يكون دلالة ايضاً . ولو رأى الولي الصغير المميز يبيع

---

(١) البدائع (ج ٧ ص ١٩٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٥٤٥) ، والشرح الكبير في الموضع المذكور .

(٢) الهداية (ج ٤ ص ٨) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٩٢) ، وآداب الاوصياء (ص ٢٤٧) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٦٩٥ بهامش الهندية) ، وشرح المواق على سيدي خليل (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٦٥) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٥٣٤) ، والبهجة في شرح التحفة (ج ٢ ص ٢٩٤ — ٢٩٥) .

ويشتري ولم يمنعه وسكت ، يكون قد اذنه دلالة » (المادة ٩٧١) .

البالغ

ان اهلية الاداء تصبح كاملة اذا وصل الصبي الى دور يفترض فيه انه قد استكمل عقله . وهذا الدور يسمى بالبلوغ .

ولقد اختلف في سن البلوغ . ففي الشرائع القديمة ، كان البلوغ الشرعي يتم بالبلوغ الطبيعي . ولكنه اليوم يتم في سن متأخرة ، كما سنوضح عند الكلام على الرشد .

وهكذا عند الرومان كان البلوغ الطبيعي مرادفاً للبلوغ القانوني . ولكن استثبات ذلك اوجد مشقة وحرجاً . فلذا حدّد البلوغ فيما بعد بسن معينة هي تمام السنة الثانية عشرة للفتاة وتمام الرابعة عشرة للفتى [1] .

وفي الشريعة الاسلامية ايضاً ، يعتبر البلوغ الطبيعي حداً للبلوغ الشرعي . وعلاماته باتفاق الفقهاء هي الاحتلام للفتى والفتاة، والاحبال للفتى ، والحيض والحبل للفتاة . وبهذا اخذت المجلة (المادة ٩٨٥) . ولكن البلوغ لا يثبت بانبات الشعر في الرأي المختار عند الحنفيين ، خلافاً للامام ابي يوسف والائمة مالك والشافعي وابن حنبل [2] .

وعند عدم ظهور علامات البلوغ ، يجوز اثباته بالسن ، الا ما روي عن داود الظاهري انه قال لا حدّ للبلوغ من السن ، لأن ذلك يخالف الحديث الشريف : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم »[3]. فالبلوغ عنده اذاً لا يكون الا بالاحتلام . وقال الامام مالك يتم البلوغ عندما يبلغ الصبي من السن ما يعلم ان مثله قد بلغ . وقال اصحابه اقوالا مختلفة أشهرها ان سن البلوغ ثماني عشرة سنة . وبهذا قال ابو

---

(١) يوستنيانوس (الاحكام ، ١ ، ٢٢) : Inst. 1 ,22 .

(٢) المختار وشرحه الاختيار للموصلي (ج ١ ص ٢٦٦) ، وجامع احكام الصغار (بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١١٩) ، والمغني (ج ٤ ص ٥١٣)، وفتح العزيز (ج ١٠ ص٢٢٧ وما بعدها)، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٠١) .

(٣) والحديث كاملا هو : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » . وقد روي في مسند احمد ، ومستدرك الحاكم ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٤٤٠١) . انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٤٤٦٣) .

حنيفة للغلام فقط . أما للفتاة فالسن عنده هي سبع عشرة . وقد استند ابو حنيفة في ذلك الى قول ابن عباس، والى الآية الكريمة : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ اشده » [١]، والاشد لا يكون بتفسيره قبل تلك السن .

اما باقي الائمة ، فقالوا ان سن البلوغ هي خمس عشرة سنة كاملة . وبهذا قال الشافعي وابن حنبل والاوزاعي وصاحبا أبي حنيفة ابو يوسف ومحمد وابن وهب المالكي وغيرهم . ودليلهم ما رواه البخاري في صحيحه والشافعي في مسنده والترمذي في سننه وغيرهم عن ابن عمر ان النبي (ص) عرضه يوم أُحُد [٢] وهو ابن اربع عشرة سنة فلم يجزه [٣] ، ثم عرضه يوم الخندق [٤] وهو ابن خمس عشرة سنة فاجازه . وقال المحدث نافع : « فقدمت على عمر بن عبد العزيز ، وهو خليفة ، فحدثته هذا الحديث ، فقال ان هذا الحد بين الصغير والكبير ، وكتب الى عماله ان يفرضوا [٥] لمن بلغ خمس عشرة سنة » [٦].

والى مذهب جمهور الفقهاء ذهبت مجلة الاحكام العدلية ، فاعتبرت منتهى سن البلوغ خمس عشرة سنة ، ونصّت على ان من أدرك هذه السن ولم تظهر فيه آثار البلوغ يعدّ بالغاً حكماً (المادتان ٩٨٦ - ٩٨٧) .

غير ان الحنفيين والمجلة اشترطوا لسماع دعوى البلوغ سناً لا تسمع قبلها الدعوى ، واسموها سنّ المراهقة او مبدأ سن البلوغ ، وحدّدوها بالسنة الثانية عشرة للغلام وبالتاسعة للبنت (المادة ٩٨٦) .

وهكذا اذا ادعى الصغير البلوغ قبل ان يدرك مبدأ سن البلوغ فانه لا يصدق . ولكنه يصدق اذا كان ادعاؤه بعد ادراكه هذه السن ، وكان ظاهر حاله يتحمل

---

(١) الانعام (٦) ١٥٢ ، والاسراء (١٧) ٣٤ .

(٢) غزوة أحد كانت في السنة الثالثة من الهجرة . انظر زاد المعاد في هدي خير العباد ، لابن القيم ، ج ٢ ص ١٦٣ .

(٣) يعني لم يقبله في ديوان المقاتلين ، ولم يقدر له رزقاً مثل ارزاق الاجناد . عن شرح العيني الآتي ذكره .

(٤) غزوة الخندق كانت في سنة خمس من الهجرة (زاد المعاد في الموضع المذكور) .

(٥) يعني يقدروا لهم رزقاً في ديوان الجند .

(٦) البخاري وشرحه للعيني (ج ١٣ ص ٢٣٩ - ٢٤١) ، ومسند الشافعي (بهامش الام ج ٦ ص ٢٥١) ، والمغني (ج ٤ ص ٥١٤ - ٥١٥) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٥٩) ، والزيلعي على الكنز (ج ٥ ص ٢٠٣) ، وفتح العزيز وجامع احكام الصغار في الموضع المذكور.

هذا الادعاء ، والعكس بالعكس [١] .

ولا بد من الاشارة اخيراً الى ان الدولة العثمانية أصدرت تعديلا للمجلة في هذا الباب . فنصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من نظام اموال الايتام [٢] على ان : « حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ ممن لم يكملوا الخامسة عشرة من العمر » . وبهذا أصبحت سن البلوغ حتما خمس عشرة سنة بمقتضى القوانين العثمانية ، ولم يعد من معنى للبلوغ الطبيعي ، ولا من مجال للادعاء به ، ولا من تأثير لعلاماته الظاهرة قبل هذه السن .

البالغ الراشد

نعم يكتسب البالغ أهلية الاداء وأهلية التعاقد كاملة ، ولكن ذلك لا يعني انه يتسلم أمواله من الولي . بل انما يتسلمها اذا بلغ راشداً ، عملا بالآية الكريمة : « فان آنستم منهم رُشداً فادفعوا اليهم أموالهم » [٣] .

ولذا ورد في المجلة : « لا ينبغي ان يستعجل في اعطاء الصبي ماله عند بلوغه ، بل يجرّب بالتأني . فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع اليه حينئذ أمواله » (المادة ٩٨١). وان « وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير او اتلفه ، يصير الوصي ضامناً » (المادة ٩٨٣) .

وكان في معنى الرشد خلاف . فالامام الشافعي وابن عباس ومجاهد والحسن وابن المنذر عرفوا الرشد بانه الصلاح في الدين والمال ، لأن « الفاسق غير رشيد ولأن افساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله ، كما يمنع قبول قوله » . اما عند باقي الائمة ، فالرشد هو الصلاح في المال فقط ، او كما قال ابن رشد هو « حسن النظر في المال ووضع الامور في مواضعها » [٤] . وبهذا اخذت المجلة ، حيث جاء فيها : « الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى من السفه والتبذير » (المادة ٩٤٧) .

---

(١) انظر المادتين ٩٨٨ و ٩٨٩ من المجلة ، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٦٨) .

(٢) الصادر في ٤ ربيع الاول سنة ١٣٢٤ هـ ، الموافق ١٥ نيسان سنة ١٣٢٢ مالية ، او ١٩٠٦ ميلادية .

(٣) النساء (٤) ٦ .

(٤) شرح المواق ، بهامش الحطاب ، ج ٥ ص ٥٩ .

وهنا سؤال دقيق : هل يزول الحجر عن الصغير بمجرد بلوغه ، ام يشترط لذلك تحقق رشده ايضاً ؟ وبعبارة اخرى ، هل تصح تصرفات البالغ وعقوده ، ام ينبغي لصحتها ان يكون رشيداً ؟ في هذا اختلف الفقهاء ايضاً . فقال الائمة الشافعي وابن حنبل ومحمد بن الحسن صاحب ابي حنيفة ان الحجر يبقى على الصغير حتى يجتمع البلوغ والرشد معاً .

وقال الامام مالك ان الصغير اذا بلغ في حياة ابيه « ينطلق من الحجر ببلوغه ما لم يظهر منه سفه او يحجره ابوه » . و كذلك هو الحكم اذا بلغ بعد وفاة ابيه ولم يكن عليه وصي . اما اذا كان عليه وصي ، فلا ينطلق من الحجر الا بترشيد الوصي بالاشهاد على نفسه او بترشيد القاضي ، اي لا بد من ان يفك عنه الحجر بعد بلوغه رشيداً . وهذا عند مالك مختص بالفتى ، دون الفتاة التي سيأتي الكلام عنها قريباً .

أما عند الامامين ابي حنيفة وابي يوسف فان الحجر يزول عن الصغير بمجرد البلوغ . واذا كان البالغ غير رشيد ، فعند ابي يوسف يحجر عليه القاضي . ولكن عند ابي حنيفة لا يحجر عليه بل يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة ، وبعد هذه السن يدفع اليه ماله في كل حال . وسبب ذلك ان ابا حنيفة لم يجوّز الحجر على الكبير السفيه كما سنرى[١] .

وان الفتوى في المذهب الحنفي هي على رأي ابي يوسف . واليه ذهبت المجلة كما يفهم من مدلول نصوصها . فقد جاء فيها انه : « اذا بلغ الصبي غير رشيد فلا تدفع اليه أمواله ما لم يتحقق رشده ، ويمنع من التصرف كما في السابق » (المادة ٩٨٢) . وعلى هذا سار أيضاً اجتهاد محكمة التمييز اللبنانية[٢] .

---

(١) مفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير لفخر الدين الرازي (ج ٣ ص ١٤٥) ، والمبسوط (ج ٢٤ ص ١٦١) ، والزيلعي على الكنز (ج ٥ ص ١٩٥) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢١) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٠٤) ، والمغني (ج ٤ ص ٥٠٩ و ٥٢٢) ، والام (ج ٣ ص ١٩١ — ١٩٢) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٧٧ و ٢٨٣) ، وحلى المعاصم للتاودي (بهامش البهجة ج ٢ ص ٢٩٦) .

(٢) انظر القرارين رقم ٦٩٧ الصادر في ٢٩ اذار سنة ١٩٢٧ ، ورقم ١٤٥ الصادر في ٢٠ اذار سنة ١٩٢٨ .

فاذنْ يرتفع الحجر عن الصغير بالبلوغ ، الاّ ان يحجر عليه القاضي إذا استبان عدم رشده . ولكن امواله لا تدفع اليه الا بعد ثبوت الرشد . فالاهلية شيء وتسلم المال شيء آخر . ويثبت الرشد باقرار الوصي . أما اذا أنكر الوصي رشد الصغير بعد بلوغه ، فالوصي لا يؤمر بتسليم المال اليه ما لم يثبت هذا الصغير رشده بحجة شرعيـــة [١] .

خلاصة ومقارنة

هذه هي بايجاز خلاصة أهلية الصغار في الشرع الاسلامي وفي مجلة الاحكام العدلية . ونحن نرى على الجملة ان البلوغ والرشد غير محدّدين دائماً بسنّ معينـــة . وفي هذا ما فيه من الصعوبة للناس في معاملاتهم مع الصغار ، وما فيه من مجال للنزاع بين هؤلاء واوصيائهم .

وفوق ذلك ، فقد أصبحت الحياة الاقتصادية اليوم معقّدة اكثر ممـا كانت في القديم ، وصار لا بدّ فيها من خبرة وتجارب لا تكون في الغالب موجودة في سنّ البلوغ الطبيعي .

لذلك منعت الحكومة العثمانية سماع دعوى البلوغ قبـل السنة الخامسة عشرة كما اوضحنا . وكذلك صدر امر سلطاني عام ١٨٧١ [٢] يمنع سماع دعوى الرشد من الصغير قبل بلوغه العشرين من العمر ، وينص على ان الحاكم اذا سمعها وقضى بها قبل هذه السنّ لا ينفذ حكمه . ومنع نظام اموال الايتام العثماني تسليم الصغير أمواله قبل اكماله سنّ العشرين (المادتان ١٥ و٥٩) .

ومن نظائر هذا التقييد ما جاء في المادة الثانية من قانون التجارة العثماني من أن أهلية الاتجار تتم باكمال الحادية والعشرين من العمر ، إلا إذا أعطت محكمة التجارة الاذن بالاتجار بعد الثامنة عشرة .

وايضاً نصّ قانون العائلة العثماني ، المعمول به في لبنان كما بيّنا سابقاً ، انـه : « يشترط في أهلية النكاح ان يكون الخاطب في سنّ الثامنـــة عشرة فاكثر ،

---

(١) البدائع (ج ٧ ص ١٧١) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ١٧٠ — ١٧١) .
(٢) ٥ من ذي الحجة سنة ١٢٨٨ هـ ، الموافق ٢ شباط سنة ١٢٨٧ مالية .

والمخطوبة في سن السابعة عشرة فاكثر »، إلا أن يأذن الحاكم بأقل من ذلك، شرط ان تكون هيئة الصغير تحتمل الزواج ، وان لا يكون الخاطب تحت السابعة عشرة ، ولا الخاطبة تحت التاسعة من العمر (المواد ٤ – ٧) .

وفي تركيا اليوم حدّد القانون المدني (المادة ١١) سنّ الاهليـــة بتمام السنة الثامنة عشرة . وكذلك هو الامر في لبنان . فقد ورد في قانون الموجبات والعقود ان « كل شخص أتمّ الثامنة عشرة من عمره هو أهل للالتزام ، ما لم يصرح بعـدم أهليته في نصّ قانوني » (المادة ٢١٥) . ومن مستثنيات هذه القاعدة ما ورد في قانون العمل اللبناني من انه « لا يحق لمن لم يتم الحادية والعشرين من العمر ان يستخدم متدربين دون السادسة عشرة من العمر » (المادة ١٠) .

وان قانون التجارة اللبناني الجديد لم يعين سناً خاصة لمعاطاة التجارة ، ولكن المادة الثانية أوجبت الرجوع في هذا الشأن الى احكام قانون الموجبات . واخيراً جاء في نظام المحاكم الشرعية الجديد [1] أنه يشترط في صحة الاقرار ان يكون المقر متمّماً الثامنة عشرة من عمره (المادة ٤٣) . ولكن هـذا النظام تعدّل بقانون ٤ كانون الاول ١٩٤٦ ، فاكتفي بسن البـــلوغ الشرعي في الاقرار في مسائل الزواج والطلاق والنسب .

وفي مصر ايضاً نصوص خاصة بشأن الاهلية . فقد كان العمل اولاً بالشريعـة الاسلامية في هذه المسألة . ثم صدر مرسوم ١٩ تشرين الثاني سنة ١٨٩٦ يحدّد سنّ الرشد باكمال الثامنة عشرة محسوبة على التقويم الهجري . واخيراً حددها قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ تشرين الاول سنة ١٩٢٥ باحدى وعشرين سنة عـلى التقويم الميلادي [2] .

أما سن الاهلية في القوانين الاوروبية ، فانها تتراوح بحسب البلدان بين الحادية والعشرين والخامسة والعشرين . ففي انكلترا وفرنسا والمانيا وايطاليا مثـــلاً ، تحددت سن الاهلية بتمام الحادية والعشرين من العمر [3] .

---

(١) المرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١ الصادر في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ .

(٢) المادة ٢٩ منه . انظر كتاب الدكتور السنهوري (رقم ٣٣٠ وهامشه) .

(٣) انظر آنسون (ص ١٢٢) ، والقوانين المدنيـــة : الفرنسي (المادة ٤٤٨) ، والالماني (المادة الثانية) ، والايطالي (المادة ٣٢٣) .

البند الثالث

الجنون والعتـــه

سبب الحجر

بعد ان عرفنا أن العقل اساس الرضى الحقيقي في العقود والتصرفات القولية ، وبعد ان عرفنا ان الصغير لا يملك اهليــة الاداء بسبب نقصان عقله ، كان من البديهي ان يقاس هذا الحكم بطريق التشبيه على كل ذي عقـل معدوم او ناقص ، كالمجنون والمعتوه والنائم والمغمى عليه .

وقد اثبتت الشريعة الاسلامية الحجر عـــلى المجنون والمعتوه حفظاً لمصالحهما . فهما محجور عليهما لذاتهما (المادة ٩٥٧) بمقتضى الشرع ، دون حكم الحـاكم بذلك ، الا في المذهب المالكي فانه يشترط ان يصدر الحجر من الاب او الوصي أو الحاكم ، وقبل الحاكم مقدم . ويثبت هذا الحجر سواءٌ أكان الجنون او العته ناتجاً عن صرع أو وسواس وسواءٌ أكان المحجور عليه رجلاً أو امرأة [1] . ويستند الحجر الى الحديث الشريف : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون والمغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » [2] .

ولا يرتفع الحجر عن المعتوه والمجنون الا بالافاقة مما ابتليا به . وان الافاقة تكفي دائماً لرفع الحجر في الجنون او العته الطاريء بعد البلوغ . اما في الجنون او العته السابق للبلوغ ، فيجب بعد الافاقـة اثبات الرشد ايضاً ، عند من قال من الفقهاء

---

(١) شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٥٨ و ٧٤) ، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٠١) .

(٢) مر تخريجه في البند السابق . وقد رواه بعضهم ايضاً بالفاظ اخرى .

بان الحجر لا يرتفع عن الصغير الا باجتماع البلوغ والرشد جميعاً [١] .

والمجنون معناه عديم العقل . وهو ، كما ورد في المجلة ، « على قسمين : احدهما المجنون المطبق ، وهو الذي جنونه يستوعب جميع أوقاته . والثاني هو المجنون غير المطبق ، وهو الذي يكون في بعض الاوقات مجنوناً ويفيق في بعضها » (المادة ٩٤٤) . ويشترط في الجنون المطبق ان يمتد الى مدة معينة ، قيل هي شهر كامل وقيل هي سنة [٢] .

أما المعتوه فهو ناقص العقل لا عديمه . وقد اختلف في تفسيره اختلافاً كبيراً . واحسن ما قيل فيه ، كما نقل الزيلعي [٣] ، انه « من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير . الا انه لا يضرب ولا يشتم ، كما يفعل المجنون » . وهذا التعريف نقلته المجلة بقولها : « المعتوه هو الذي اختل شعوره ، بحيث يكون فهمه قليلاً ، وكلامه مختلطاً ، وتدبيره فاسداً » (المادة ٩٤٥) .

وقيل ايضاً في الحد الفاصل بين العاقل والمجنون والمعتوه : « ان العاقل من يستقيم كلامه وافعاله ، وغيره نادر . والمجنون ضده . والمعتوه من يختلط كلامه وافعاله ، فيكون هذا غالباً وذاك غالباً ، فكانا سواء » [٤] .

اثر الحجر

ان المجنون أو المعتوه المحجور عليه يقع تحت ولاية وليه . والولي في هذا الباب هو نفس الولي الذي عرّفناه في مسألة الصغار [٥] .

والمجنون ، بما انه عديم العقل ، تعتبر تصرفاته كالصغير غير المميز في حال الطفولة . فهو مثله لا تصح تصرفاته ابداً ، حتى ولو اجازها وليّه ، او كان فيها نفع

---

(١) الحطاب في الموضع المذكور .

(٢) راجع الاقوال المختلفة في هذه المسألة ، في شرح علي حيدر تحت المادة ٩٤٤ من المجلة .

(٣) في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٥ ص ١٩١ .

(٤) جامع احكام الصغار ، لابي الفتح محمد الاستروشني السمرقندي (بهامش جامع الفصولين ، ج ١ ص ١٠٦) ، والفتاوى البزازية (ج ١ ص ١٩٤ بهامش الهندية) .

(٥) فتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٧٥ و٢٨٦) ، والمبسوط (ج ٢٤ ص ١٥٦) ، وحاشية العدوي في الموضع المذكور ، والمغني (ج ٤ ص ٥٢٦) .

لنفسه . وكذلك هو الحكم في تصرفات المجنون غير المطبق التي يجريها حال جنونه. ولكن تصرفاته في حال الافاقة صحيحة كتصرفات العاقل (المادتان ٩٧٩ و٩٨٠).

اما المعتوه فهو ناقص الفهم كالصبي المميز . فاذاً تصرفاته حكمها كتصرفات الصبي المميّز ايضاً (المادة ٩٧٨) . فبمقتضى المجلة مثلاً تكون تصرفاته القولية معتبرة اذا كان فيها نفع محض للمعتوه ، وتكون غير معتبرة اذا كان فيها ضرر محض له ، وتكون موقوفة على اجازة وليه اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

مقارنة

ان معظم الشرائع اليوم تعتبر عقود المجنون باطلة اذا حصلت في حال الجنون. ولاجل إبطال هذه العقود اشترطت بعض الشرائع ، كالشريعة الانكليزية مثلاً، ان يكون العاقد الآخر الذي تعاقد مع المجنون عالماً بجنونه [١] .

غير ان معرفة حال الجنون وتمييزها من حال الافاقة من الامور الصعبة ، التي تترك مجالا وسيعاً للنزاع ، وتجعل العقود أحياناً مترددة بين الصحة والابطال. فمنعاً لذلك ، وضع القانون في بعض البلاد ، كفرنسا والمانيا مثلاً ، نظاماً خاصاً لحجر المجنون من قبل القاضي . فبعد صدور حكم الحجر ، يمنع المحجور عليه من التصرفات ، سواء أكانت في أثناء الجنون ام في حال الافاقة [٢] . وهذا شبيه بما رأيناه في المذهب المالكي .

---

(١) انظر بلانيول (ج ١ رقم ٢٠٧٤) ، وآنسون (ص ١٤٢) .

(٢) انظر القانون المدني الفرنسي (المواد ٤٨٩ وما بعدها) ، والالماني (المادة ١٠٤) .

البند الرابع

السفه

كلمة تمهيدية

ليس التقتير في انفاق المال مذموماً وحده ، بل التبذير مذموم ايضاً . وليس الناس من هذه الناحية متساوين . بل هم متمايزون في ذلك ، على درجات متفاوتة بين التقتير والتبذير . ولا شك في ان « خير الامور اوساطها » ، كما قال العرب في أمثالهم ، بدليل امر الله تعالى في كتابه الكريم : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »[1].

وقد نهي عن البخل والتقتير . فأمر الدين بالاحسان والصدقات ، وامر الشرع والقانون بالنفقات بين الاقارب وباداء الزكاة والخراج والضرائب . وجاء في الآية الكريمة : « كلوا من طيبات ما رزقناكم »[2]. وكذلك نهي عن اضاعة المال وفساد التدبير ، فوضع الحجر على الصغار والمجانين ومن شبه بهم ، كما قدمنا .

على ان الخلاف كان في وضع الحجر على الكبار السفهاء ، وهم المبذرون ومن الحق بهم ، بالمعنى الشرعي الذي سنعرفه . فهل يحجر عليهم وتمنع تصرفاتهم المضرة بهم ؟ ام تترك لهم الحرية يتصرفون في اموالهم ومصالحهم كما يشاؤون ؟ هذه مسألة اختلفت فيها الشرائع والمذاهب .

ففي شريعة الالواح الاثني عشر الرومانية كان يحجر على المبذر وينصب عليه

---

(١) سورة الاسراء (١٧) ٢٩ .

(٢) سورة البقرة (٢) ٥٧ و ١٧٢ ، والاعراف (٧) ١٦٠ ، وطه (٢٠) ٨١ .

قيم [١] ، لينوب منابه في التصرفات المضرة بمصلحته [٢]. وبهـذا قالت اليوم بعض القوانين العصرية ، كالقانون المدني الالماني مثلاً (المادتان ٦ و ١١٤) .

والى جانب هذه الفئة من الشرائع فئة أخرى تفارقها تماماً ، وترى عدم الحجر على المبذّر الكبير وعدم تقييد حريته في تصرفاته ابداً .وتدخل الشريعة الانكليزية في هذه الفئة [٣] .

وبين هاتين الفئتين فئة ثالثة لم تقل بالحجر ، ولكنها اتخذت تدابير متوسطة لحماية المبذر . مثاله في فرنسا ، اجاز القانون المدني ان تنصب المحكمة على المبذّر أو الابله ناظراً قضائياً [٤] ، لاجل الاشراف عليه ومساعـدته في بعض التصرفات الشرعية المهمة [٥] .

وبعد ، فلا شك ان التبذير من الناحية الاقتصادية لا ضرر منه اذا كان لا يؤثر على الانتاج العام [٦] . ولا شك ايضاً ان في الحجر على المبذّر تضييقاً عـلى حريته الشخصية وعلى حرية تصرفه في ملكه وحقوقه .

غير ان هذا لا يبرر ترك المبذر والسفيه بدون حجر أو تقييد . بل انما ينبغي النظر في أمره، لان أثر التبذير لا يبقى محصوراً فيه وحده ، بل هو مضر بالمصلحة العامة . وقد قال أحد الفقهاء : « اذا بذّر (أحد) ماله أو اتلفه صار عالة عـلى المسلمين ورجعت نفقته الى بيت مالهم ، فوصل ضرره بتبـذيره الى جميع المسلمين ،

---

(١) Curator

(٢) يوستنيانوس ، الاحكام (١ ، ٢٣ ، ٣) ، (Inst . 1 , 23 , 3) ، وجيرار (ص ٢٣٥ ـ ٢٣٨) .

(٣) انظر كتاب « Hibbert's Leading Cases in Conflict of Laws » (١٩٣١ ، ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩) ، والاحكام الصادرة في القضايا الآتية :
Worms v . De Valdor (1880 , 49 L . J . Ch . 261) , In Re Selot's Trust (1902 , 1 ch . 488) .

(٤) Conseil Judiciaire . انظر المادتين ٤٩٩ و ٥١٣ منه .

(٥) اصدرت محكمة أستئناف دويه (Douai) من اعمال فرنسا في ٢٩ حزيران سنة١٩٣٧ حكماً يقضي بنصب ناظر قضائي على رجل ثبت لها انه سريع الانفعال وسهل الانقياد لخليلته ، الى درجة اصبح معها اولاده يشفقون من تهديده واصبحت ثروته عرضة للتبذير والتبديد . انظر هذا الحكم في مجلة سيرى لسنة ١٩٣٨ (القسم الثاني ، ص ١٦١) ، (S . 1938 . 2 . 161) .

(٦) جيد (Gide) ، دروس الاقتصاد السياسي ، ١٩٣١ ، ج ٢ ص ٤٨٢ .

فلهذا وجب تحجيره »[1] .

وفوق ذلك ، فان الهيئة الاجتماعية من مصلحتها ، بل من واجباتها ، ان تحمي من كان من افرادها ضعيفاً لا يقدر علـى تدبير اموره بوجه سديد ، وان تحمي ايضاً عائلته من ضياع ثروته ومن تبديدها على غير طائل .

موقف الشريعة الاسلامية

كما كان الخلاف في هذه المسألة بين الشرائع ، كذلك كان ايضاً بين المذاهب الاسلامية . فقال ابو حنيفة النعمان بعدم جواز الحجر على السفيه ، لان الحجر على الحر باطل ، ولأن « الحجر تصرف على النفس ، والنفس أعظم خطراً من المال »[2] . وبعبارة اخرى ، لم يرَ الامام الاعظم ان خطر هلاك المال يبرر تقييد حرية المرء في تصرفاته ، لأن الحرية أغلى من المال .

وقد روي هذا الرأي ايضاً عن ابن سيرين والنخعي ومجاهد وعبيد الله بن الحسن وجماعة من الصحابة . واليه ذهب الامام زفر تلميذ ابي حنيفـة وداود الظاهري وأتباعه . فهؤلاء جميعاً لا يرون الحجر على الحر الكبير شيئاً ، بل يرون ان من بلغ مبذراً فهو على الحجر كما كان ، ومن رشد ثم ظهر تبـذيره فلا حجر عليه ، « لكن ينفذ من أفعاله ما وافق الحق ، ويردّ ما خالف الحق كغيره سواء »[3] .

غير ان هذا القول لم يقبل به الرأي السائد عند جمهور الفقهاء . فالائمة مالك والشافعي وابن حنبل والاوزاعي وصاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، جميع هؤلاء الائمة وغيرهم قالوا بانه يحجر على السفيه ، لو ظهر سفهه بعـد بلوغه ورشده . ولهم على ذلك أدلة شرعية من الكتاب والسنة والاجماع والقياس[4] . واليك خلاصتها : —

أولاً — ورد في الكتاب الكريم : « ولا تبذّر تبذيراً ، ان المبـذرين كانوا

---

(١) البهجة للتسولي ، في شرح التحفة لابن عاصم ، ج ٢ ص ٣٠٨ .

(٢) البدائع (ج ٧ ص ١٧٠) ، والمبسوط (ج ٢٤ ص ١٥٧) .

(٣) المحلى (ج ٨ رقم ١٣٩٤) ، والبدائع (ج ٧ ص ١٦٩) .

(٤) المبسوط (ج ٢٤ ص ١٥٦ ـ ١٦٣) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٧٤) ، والام (ج ٣ ص ١٩٤) ، والمغني (ج ٤ ص ٥٢٤ وما بعدها) .

اخوانَ الشياطين »[١] . « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم »[٢] . ففي هـــذا نهي عن التبذير وعن تسليم الاموال للسفهاء.

وجاء في القرآن أيضاً ، في معرض الكلام على كتابة المداينة المؤجلة بإملاء من عليه الحق : « فان كان الذي عليه الحق سفيهاً او ضعيفاً او لا يستطيع ان يُمِلّ هو فليملل وليه بالعدل »[٣] . وهذا كما ترى تنصيص صريح على السفيه ووليـه . وهل من ولي او ولاية الا على محجور او مولّى عليه ؟[٤] .

ثانياً – ورد النهي عن الاسراف في الحديث الشريف : « كلوا واشربوا والبسوا وتصدّقوا في غير اسراف ولا مَخيلة »[٥] . وروي ان رجلا كان ضعيفاً الثغ يغبن في البيوع ، فأتى اهله النبي (ص) وطلبوا ان يحجر عليه فلم يردهم ولم يقل بعدم جواز الحجر ، بل نهى رجلهم عن البيع . ولما أصر هذا على طلب الاذن لانه لا يصبر عن البيع ، قال له النبي (ص) : « إذا بايعت فقل لا خِلابة »[٦] ، أي اشار عليه بان يشترط عدم الخداع في بيوعه[٧] .

ثالثاً – اجماع الصحابة . ومنه ان عبـــدالله بن جعفر كان يفني ماله في اتخاذ الضيافات ، حتى انه اشترى داراً للضيافة بمائة الف . ولما علم ان عليّ بن ابي طالب كان ينوي ان يطلب من الخليفـة عثمان بن عفان ان يحجر عليه ، ذهب الى الزبير واشركه معه في تلك الدار حيلة منه لدفع الحجر عنه . فلما سأل علي عثمان ان يحجر على عبدالله بسبب التبذير ، لم ينكر عثمان جواز الحجر ، ولكنه رفضه لان عبدالله

---

(١) الاسراء (١٧) ، ٢٦ و ٢٧ .
(٢) النساء (٤) ٥ .
(٣) البقرة (٢) ٢٨٢ .
(٤) المبسوط (ج ٤ ص ١٥٧) ، والام في الموضع المذكور .
(٥) رواه البخاري بدون اسناد ، واخرجه احمد في مسنده ، والحاكم في المستدرك ، والنسائي وابن ماجه في سننهما . انظر شرح العيني على البخاري (ج ٢١ ص ٢٩٤) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٦٤٠٢) .
(٦) الخلابة الخداع . رواه البخاري ومسلم ومالك واحمد وابو داود والنسائي . انظر شرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٣٣) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ١١) ، وشرحـه للنووي (ج ١٠ ص ١٧٦) ، وموطأ مالك بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٤٢) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٠٠ و ٣٥٠١) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٩١) .
(٧) سيأتي تفسير هذا الحديث ايضاً في فصل التغرير في العقود .

كان شريكاً للزبير وهو ممن اشتهروا بالكياسة في التجارة .

ومن اجماع الصحابة ايضاً ما روي عن السيدة عائشة زوج النبي (ص) انها همّت ببيع رباعها [1] لتتصدق بالثمن . فبلغ ذلك عبدالله بن الزبير فقال : « لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لأحجرنّ عليها » . وفي هذا دليل آخر على جواز الحجر عند الصحابة [2] .

رابعاً - القياس . من حيث ان الحجر يكون على الصغير لتوهم التبذير منه ، فبالقياس يكون الحجر اولى على كل من تحقق منه هذا التبذير في الواقع . وأيضاً اذا كان الحجر لا يرتفع عن البالغ عند بعض الفقهاء الا اذا كان رشيداً ، واذا كانت أموال الصغير لا تدفع اليه متى بلغ غير رشيد ، فكذلك بالقياس يجب الحجر على الكبير اذا ظهر منه سفه أو تبذير [3] .

معنى السفه

السفيه في اللغة هو الجاهل والاحمق [4] . وشرعاً هو ، بعبارة الزيلعي ، من كانت « عادته التبذير والاسراف في النفقة ، وان يتصرف تصرفاً لا لغرض ، او لغرض لا يعدّه العقلاء من اهل الديانة غرضاً ، ... (ومن كانت عادته) الغبن الفاحش في التجارات من غير محمدة » [5] .

وبهذا المعنى جاء في المجلة : « السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ، ويبذر في مصارفه ، ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف . والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضاً من السفهاء » (المادة ٩٤٦) .

ويستخلص من هذا التعريف ان السفيه يشمل المبذر والمسرف والمغفل . والتبذير يستعمل في المشهور بمعنى الاسراف ، ولكن بينهما فرقاً ، على ما اوضحه

---

(١) جمع ربع وهو المنزل او الدار .

(٢) المبسوط ، ج ٢٤ ص ١٥٨ .

(٣) المبسوط والام في الموضع المذكور ، والمادتين ٩٨٢ و ٩٨٤ من المجلة .

(٤) في المثل العامي : « السفيه اكتفيه » .

(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٥ ص ١٩٢ .

الكرماني في شرح البخاري [١] ، « وهو ان الاسراف صرف الشيء فيما ينبغي زائداً على ما ينبغي ، والتبذير صرفه فيما لا ينبغي » . والاثنان فيهما معنى اتلاف المال بانفاقه عن غير رشد . وقد الحق الفقهاء بهما الغفلة ، وهي عدم الاهتداء الى التصرفات الرابحة بسبب البساطة والبلاهة . وفيها كما ترى معنى اضاعة المال ايضاً [٢] .

وكذلك جوّز جمهور الفقهاء الحجر على الشيخ الكبير الذي ينكر عقله ، « يعني اذا كبر (المرء) واختلّ عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه ، فأشبه الصبي والسفيه » [٣] . وهو قول يفهم منه ان هذا الكبير يصبح مغفلاً شبيهاً بالسفيه بمعناه الشرعي [٤] .

فاذنْ سبب الحجر عند جمهور الفقهاء هو المحافظة على مال السفيه ، والسفه هو عدم الرشد وعدم الصلاح في المال . فلذا لا يعدّ الفسق او عدم الصلاح في الدين سبباً للحجر عندهم . مثاله ان شارب الخمر ، وان كان فاسقاً في دينه ، لا يحجر عليه اذا لم يكن مبذراً ومسرفاً . وبمعناه ورد في المجلة انه : « لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ، ما لم يبذر ويسرف في ماله » (المادة ٩٦٣) .

ولكن الامام الشافعي في احدى الروايتين عنه وغيره من الفقهاء ، الذين قالوا بان الرشد معناه الصلاح في الدين والمال معاً ، قد اعتبروا الفاسق سفيهاً يجوز الحجر عليه ، لان سبب الحجر على السفيه عندهم ليس المحافظة على ماله بل هو الزجر والعقوبة والتأديب [٥] .

---

(١) كما نقل ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ص ٦٦٤ .

(٢) رد المحتار ، ج ٥ ص ١٢٦ .

(٣) المغني (ج ٤ ص ٥٢٥ ــ ٥٢٦) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٧٤) .

(٤) لقد حكمت مؤخراً محكمة الاستئناف الشرعية السنية في بيروت بالحجر للسفه على رجل ثبت لها انه لا يتعاطى عملا ولا مهنة ، وانه باع عقاراً له وصرف ثمنه ، وانه بسيط يتصنع الانوثة بترتيب شعره وثقب اذنيه وتغيير صوته وارتداء ملابس النساء (في حكمها الصادر في ٣٠ كانون الاول سنة ١٩٤٣ رقم ٥٢) .

(٥) انظر في كل ذلك : البهجة في شرح التحفة (ج ٢ ص ٣٠٨) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٧٤) ، والمبسوط (ج ٢٤ ص ١٥٧) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٨٦) ، والمغني (ج ٤ ص ٥٢٢) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٧٦) .

نوع الحجر وشروطه

ان الرأي السائد عند الفقهاء لا يعتبر السفيه محجوراً لذاته ، خلافاً للمجنون والصغير ، بل لا بدّ من حكم الحاكم بالحجر عليه . وكذلك لا يزول الحجر عندهم الا بحكم الحاكم أيضاً . وقد شذّ عنهم الامام محمد بن الحسن، فقال ان السفيه محجور عليه لذاته دون حاجة الى حكم القاضي ، وأن الحجر يزول عنه من غير قضاء ايضاً [١] . وكذلك روي عن بعض الفقهاء انهم جوزوا الحجر على السفيه من قبل ابيه وجده ، ولكن قولهم غير مشهور [٢] .

وعلى كل ، فالحجر على السفيه يكون عاماً ، بمعنى انه لو كان احد الناس يغبن في بعض التصرفات خاصة ، فالمشهور انه لا يحجر عليه حجراً خاصاً في ذلك النوع من التصرفات [٣] .

وتكون الولاية على السفيه المحجور للحاكم في الرأي السائد [٤] . ويجوز للحاكم طبعاً أن ينصب وصيّاً عنه ، كما في باقي الاحوال . وبهذا كله اخذت المجلة ، فنصت على انه : « اذا اعطي للصغير ماله عند بلوغه ، ثم تحقق كونه سفيهاً ، يحجر عليه من قبل الحاكم » (المادة ٩٨٤) . وان « ... ولي السفيه الحاكم فقط ، وليس لابيه وجده واوصيائه عليه حق ولاية » (المادة ٩٩٠) . وانه « عند صلاح حال السفيه المحجور يفك حجره من قبل الحاكم » (المادة ٩٩٧) .

ويشترط اعلان حجر السفيه ببيان سببه للناس [٥] . « ولا يشترط حضور من اريد حجره من طرف الحاكم . ويصح حجره غياباً ايضاً . ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور . ولا يكون محجوراً ما لم يصل اليه خبر أنه قد حجر عليه . وتكون عقوده واقاريره معتبرة الى ذلك الوقت » (المادة ٩٦٢) .

ولا بدّ من الملاحظة أن شرط الاعلان عن الحجر واجب في نظام السجل

---

(١) شرح الحطاب وبهامشه شرح المواق (ج ٥ ص ٧٤) ، والمبسوط (ج ٤ ص ١٦٣) ، والمغني (ج ٤ ص ٥٢٥) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٧٥).

(٢) فتح العزيز ، ج ١٠ ص ٢٨٦ .

(٣) فتح العزيز ، ج ١٠ ص ٢٨٨ .

(٤) المغني ، ج ٤ ص ٥٢٦ .

(٥) انظر المادة ٩٦١ من المجلة ، والمدونة الكبرى في الموضع المذكور .

العقاري في سوريا ولبنان ، وانه لا يتم بالنشر في الجرائد فقط . بل ان الاحكام القاضية بالحجر ، بما انها تقيد حرية المالك المحجور عليه بتصرفه في عقاراته وحقوقه العينية العقارية ، ينبغي أن تسجل في صحيفة عقاراته المدونة في السجل العقاري ، حتى تكون ذا مفعول تجاه من يتعاقد معه من الناس [١] .

اثر الحجر

لا أثر للحجر على معاملات السفيه السابقة لحكم الحجر . فلذا قالت المجلة : « تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح . ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس » (المادة ٩٩١) .

وان السفيه المحجور عليه لا يكون عديم الأهلية في التصرفات والعقود ، بل تكون أهليته ناقصة فقط . وهو بوجه عام يعتبر في المعاملات كالصغير المميّز (المادة ٩٩٠) . وقد مرّت معنا أحكام هذا الصغير والخلاف في ذلك بين الفقهاء .

فاذن في المجلة ، تكون عقود السفيه معتبرة دون اجازة الحاكم اذا كان فيها نفع محض ، وتكون غير معتبرة ولو اذن بها الحاكم اذا كان فيها ضرر محض ، واما ما كان دائراً بين النفع والضرر ، كالبيع مثلاً ، فلا يكون نافذاً إلا إذا رأى الحاكم فيه منفعة واجازه (المادة ٩٩٣) ، وذلك خلافاً للشافعي فانه يعتبر هذه العقود باطلة أيضاً [٢] .

بناء عليه ، جاء في المجلة انه لا يصح اقرار السفيه المحجور بدين لآخر مطلقاً . أما حقوق الناس التي هي على المحجور فتؤدّى من ماله . وكذلك ينفق من مال السفيه عليه وعلى من لزمته نفقتهم . ولكن اذا استقرض السفيه المحجور عليه

---

(١) راجع المادة التاسعة من القرار ذي العدد ١٨٨ الصادر في ١٥ اذار سنة ١٩٢٦ (المعدلة بالمادة الرابعة من القرار ٤٥ ل.ر. الصادر في ٢٠ نيسان سنة ١٩٣٢) ، والمادة السادسة من القرار ذي العدد ١٨٩ الصادر في ١٥ اذار سنة ١٩٢٦ ايضاً (المعدلة بالقرار ٣٦١ ل.ر. الصادر في ١٣ كانون الاول سنة ١٩٣٩) . وانظر بهذا المعنى اجتهاد محكمة الاستئناف المختلطة في بيروت في الحكمين رقم ٤٩ الصادر في ١٧ حزيران سنة ١٩٤٢ ، ورقم ١٣ الصادر في ١٣ شباط سنة ١٩٤٣ .

(٢) الوجيز (ج ١ ص ١٧٦) ، وشرحه فتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٨٨) .

دراهم وصرفها في نفقته فلا يجيز القاضي منها إلا ما صرف بالقدر المعروف ويبطل الزائد عليه [١] .

هذا في المعاملات المالية التي تقع تحت الحجر . أما المعاملات التي لا تقبل الفسخ ، كالطلاق والعتاق ، فلا تأثير للحجر عليها . وكذلك لا تأثير للحجر على النكاح في المذهب الحنفي وفي رواية عن ابن حنبل ، خلافاً للشافعي الذي قال بعدم صحة زواج السفيه . أما في المذهب المالكي ، فزواج السفيه يتوقف على اجازة الولي كباقي عقوده الدائرة بين النفع والضرر [٢] . وقد كان ايضاً في غير ذلك من العقود والمعاملات خلاف بين المذاهب ، لا نرى مجالا لتفصيله .

---

(١) انظر المواد ٩٩٢ و ٩٩٤ ـ ٩٩٦ .

(٢) الفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٦١) ، وفتح العزيز في الموضع المذكور ، والقوانين الفقهية (ص ١٩٧) ، والمغني (ج ٧ ص ٣٩٧) .

البند الخامس
المرأة

اهلية المرأة بوجه عام

كانت المرأة في بعض الشرائع القديمة، كالشريعة اليونانية والشريعة الرومانية في أول عهدها، تحت الحجر الدائم طيلة حياتها [1]. وكان القدماء يعللون هذا الحجر بنقصان عقل المرأة. ويشهد بذلك ما رواه غايوس عن الاعتقاد الشائع في ايامه بان المرأة خفيفة العقل [2]، وقد انتقد الراوي هذا الاعتقاد وعده ظاهرياً لا حقيقياً [3]. وعلى الرغم من ان الرأي السائد عند الفقهاء المسلمين لم يقل بالحجر على المرأة ابداً، فان القول بضعف عقلها نجـده في بعض كتب الفقه لتعليل بعض الاحكام المختصة بها [4].

ونحن لن ندخل في بحث عقل المرأة ولا في مقارنته بعقل الرجل. ولكن إذا كانت السيدات يحنقن على هذا التعليل، وهن على حق في ذلك، فانهن لا ينكرن انهن أقل اختباراً من الرجال، أو على الاقـل انهن كن كذلك في تلك العصور الغابرة.

ونحن نثبت ههنا ان الرأي السائد في الشريعة الاسلاميـة، التي أقرت للمرأة حقوق الارث وحقوقاً اخرى كثيرة كانت محرومة منها في الجاهلية، لم تفرق بين الرجل والمرأة في الاهلية بوجه عام.

---

(١) Tutela perpetua mulierum

(٢) Levitate animi.

(٣) غايوس، الاحكام (١٩٠:١) — (Gaius, 1,190).

(٤) انظر مثلا الفروق للقرافي، ج ٣ ص ١٣٦.

غير ان نفراً قليلاً من الفقهاء ، كالحسن والضحاك ومجاهد وسعيد بن جبير وغيرهم ، قالوا بان النساء هن تحت الحجر ، لانهن غير رشيدات ، ويدخلن في تعريف السفهاء المذكورين في الآية الكريمة : « ولا تؤتوا السفهاءَ أموالَكم » [١] .

وكذلك روي عن الامام مالك في قوله المشهور وعن اتباعه ان البنت لا تخرج من الحجر الا بالبلوغ والرشد . وانها تبقى في ولاية ابيها او وصيها ، حتى يؤنس رشدها او حتى تبقى بعد الزواج مدة اختلف في تحديدها بين العام والسبعة أعوام . وانه يجوز لابيها لا لغيره ان يرشّدها قبل الزواج ، اي ان يفكّ عنها الحجر اذا آنس منها الرشد . وروي ايضاً عن عمر بن الخطاب والقاضي شريح والشعبي واسحاق واحمد بن حنبل في رواية غير مشهورة عنه انهم قالوا بان الفتاة لا يدفع اليها ما لها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد او يمضي عليها سنة في بيت الزوج .

الا ان هذا التضييق على أهلية المرأة لم يقبل به جمهور الفقهاء . فالائمة ابو حنيفة والشافعي وابن حنبل في الرواية المشهورة عنه وابو ثور والثوري وعطاء وابن المنذر وداود الظاهري واتباعه ، جميعهم قالوا بان الفتاة كالفتى في احكام الحجر والبلوغ والرشد ، وان للمرأة في مالها ما للرجل في ماله « لا فرق في ذلك بينها وبينه في شيء » ابداً . وبكلمة اخرى ليست الانوثة بحد ذاتها سبباً للحجر عند جمهور الفقهاء المسلمين [٢] .

وهذا القول لا شكّ فيه من جهة أموال المرأة . ولكن من جهة نفسها وحقها بالزواج وبتولي عقد الزواج ، ففي الامر خلاف وتفصيل بين المذاهب . فالحنفيون جوزوا للفتاة او للمرأة الرشيدة تزويج نفسها ، خلافاً لباقي الائمة ، فانهم قالوا بان

---

(١) النساء (٤) ٥ . انظر تفسير الفخر الرازي (ج ٣ ص ١٤٣) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ١٥٠) ، وتفسير القرطبين لابن مطرف الكناني او كتابي مشكل القرآن وغريبه لابن قتيبة (مصر ، سنة ١٣٥٥ هـ ، ج ١ ص ١١٥) ، والمحلى لابن حزم (ج ٨ رقم ١٣٩٤ ص ٢٨٨) .

(٢) انظر في هذا البحث : الام (ج ٣ ص ١٩٢ — ١٩٥) ، والمغني (ج ٤ ص ٥١٧) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٥ ص ٦٧) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٠٦) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٣٩٦ ، وج ٩ رقم ١٦٤٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٣) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢١) .

لا زواج الا بولي [١] . وعلى كل فلا مجال للتوسع في هذه المسألة ، لانها تتعلق بوجه خاص في بحث الاحوال الشخصية .

تأثير الزواج على اهلية المرأة

منذ الشريعة الموسوية [٢] وغيرها من الشرائع القديمة الى وقت غير بعيد في معظم الشرائع الاوروبية ، كانت المرأة المتزوجة بوجه عام لا تملك أهلية التصرف في مالها أو أهلية التعاقد الا باذن زوجها .

ففي فرنسا ، نص قانون نابليون ، متأثراً بعادات المقاطعات الشمالية ، على عدم أهلية الزوجة ، وقال بانها تقع تحت السلطة الزوجية ، ولا تصح تصرفاتها وعقودها الا باذن زوجها أو باذن القاضي . وهذا التضييق على الزوجة لم يكن لانها امرأة بل لانها متزوجة . وفيما خلا بعض المستثنيات التي اتت بها القوانين الاصلاحية ، كقانون ١٣ تموز سنة ١٩٠٧ الذي أعطى الزوجة حرية التصرف بما تجنيه من كسب خاص ، فقد بقيت قاعدة عدم أهلية الزوجة موجودة في فرنسا ، برغم نقد الكتّاب والفقهاء . ولم تلغَ الا بقانون ١٨ شباط سنة ١٩٣٨ ، الذي نص على اهلية الزوجة المدنية التامة ، ولم يترك للزوج الا حق الاعتراض اذا تعاطت زوجته حرفة او مهنة غير لائقة [٣] .

وكذلك في انكلترا ، كانت المرأة المتزوجة لا تملك اهلية التصرف في اموالها بدون اذن الزوج . ولم يلغَ هذا التضييق الا في اواخر القرن التاسع عشر [٤] . وايضاً في معظم البلاد الاوروبية ، كان الزواج حتى القرن العشرين سبباً لتقييد اهلية الزوجة . غير ان هذا التقييد الغي مؤخراً فيها جميعاً الا فيما ندر . مثاله الغي

---

(١) الفروق ، ج ٣ ص ١٣٧ .

(٢) كتاب المقارنات والمقابلات ، لمحمد حافظ صبري ، المادة ١٦٥ .

(٣) راجع المادتين ٢١٥ و ٢١٦ من القانون المدني الفرنسي ، ومجموعة قوانين سيراي لسنة ١٩٣٨ ص٢٢٢) ، وكتاب آنسل (Ancel) ، المطبوع في باريس سنة ١٩٣٨ بعنوان: « Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 »

(٤) انظر بصورة خاصة قوانين اموال المتزوجات لسنة ١٨٧٠ ولسنة ١٨٨٢ : Married Women's Property Acts, 1870 and 1882.

في ايطاليا سنة ١٩١٩ ، وفي رومانيا سنة ١٩٣٢ . اما في المانيـــا وسويسرا ، فالقانون المدني أقر المساواة التامة بين الزوجـة والرجل من حيث أهلية التصرف والتعاقد [١].

والى جانب هذه المعاملة الشاذة التي منيت بها الزوجة الاوروبية الى وقت ليس ببعيد ، والتي لم تفسر الا بسلطة الزوج وولايته على زوجته ، كانت الزوجـــة في الشريعة الاسلامية بوجه عام تتمتع باهلية تامة دون ان ينتقص الزواج منها شيئا . فقد قال جمهور الفقهاء بان المرأة الرشيدة التي تسلمت مالها تملك فيه ما يملك الرجل ، سواء أكانت متزوجة أم لم تكن ، لأن الزوج ليس له ولاية على أموالها ابداً .

ولم يشذ عن الجمهور الا الامام مالك ، فانه اعتبر الزواج مقيداً لأهلية الزوجة بوجه جزئي . فعنده يجوز للمرأة بعد زواجها وتسلم مالها ان تتصرف فيه بعوض ، كالبيع والشراء والاجارة وما أشبه ، ولو كره زوجها . ويجوز لها ان تتعـاطى التجارة بدون اذنه ، ولكن يحق له ان يمنعها من الخروج . اما التصرف بغـير عوض ، كالصدقة والهبة والعتق والكفالة والبيع باقل من ثمن المثل ، اذا كان زائداً على ثلث مالها ، فانه لا يصح الا بأذن زوجها . واذا كانت المرأة قد امتعت زوجها في مالها ، فليس لها التصرف فيما امتعته فيه ، لا بعوض ولا بغير عوض ، إلا باذنه . وقد استند المالكيون في ذلك الى الاحاديث الشريفة : « لا يجوز لامرأة عطية إلا باذن زوجها » [٢] . « ليس للمرأة ان تنتهك شيئا من مالها الا باذن زوجها » [٣] . « ولا يجوز للمرأة امر في مالها اذا ملك زوجها عصمتها » [٤] .

هذا ما قال به مالك واتباعه ، وايضا احمد بن حنبل في رواية غـــير مشهورة عنه . وهو قول يقيد اهلية المرأة في عقود التبرع وما اليهــا ، ويطلقها في عقود المعاوضة . اما باقي المذاهب فانها ساوت بين الرجل وزوجته من حيث اهلية التعاقد

---

(١) انظر كولان وكابيتان (ج ١ سنة ١٩٣٤ ص ٦٣٠ ، وج ٣ سنة ١٩٢٥ ص ١٠٦) ، وستيفن (ج ١ ص ٤٤٣) .

(٢) رواه ابو داود والنسائي واحمد . انظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٤٧) ، والفتح الكبير (ج ٣ ص ٣٥٤) ، ونيل الاوطار (ج ٦ ص ١٦) .

(٣) رواه الطبراني . انظر الجامع الصغير ، ج ٢ رقم ٧٦٥٣ .

(٤) رواه ابو داود والحاكم . انظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٤٦) ، ونيل الاوطـار والفتح الكبير في الموضع المذكور .

واهلية التصرف في الاموال. فالمرأة تملك في مالها بالاستقلال ما يملك الرجل في ماله، ويجوز لها ما يجوز له سواء أكانت متزوجة أم غير متزوجة. وان هذه المساواة، كما بيّن الشافعي وغيره، تستند الى ان الكتاب والسنة لم يفرقا في هذا الامر بين الرجل والمرأة، وان القياس والمعقول يقضيان بعدم التفريق. اما الاحاديث التي ذكرت بعكس ذلك، فانهم لم يقبلوا بها، أو لم يفسروها كما فسرها المالكيون [١].

ومن الغريب ان نذكر في هذا المعرض ان قانون التجارة اللبناني الصادر في ٢٤ كانون الاول سنة ١٩٤٢ نص على «أن المرأة المتزوجة، مهما تكن احكام القانون الشخصي الذي تخضع له، لا تملك الاهلية التجارية الا اذا حصلت على رضى زوجها الصريح او الضمني» (المادة ١١). فهذا النص لا يتفق مع شريعة البلاد، ولا يساير نهضتها النسوية الحديثة.

ولا بدّ من التنبيه اخيراً الى أن ما قدمناه يتعلق باهلية المرأة من ناحية تصرفها في اموالها. اما من ناحية نفسها، فلا ينكر حق الزوج عليها وعلى العقود المتعلقة بذلك، عملاً بالقاعدة الكلية الواردة في الآية الكريمة «الرجال قوامون على النساء» [٢]. مثلاً يجب على المرأة ان تطيع زوجها فيما هو مباح شرعاً، وان تقيم معه في المسكن الشرعي [٣]. ولذا جاء في بعض المذاهب ان ليس للمرأة أن تؤجر نفسها للخدمة بعد عقد الزواج بدون اذن زوجها [٤].

ولكن هذه القاعدة، التي هي أساس العائلة والكيان الاجتماعي قديماً وحديثاً، مقيدة بالمصلحة وبواجب الرجل أن يحسن معاملة زوجه، عملاً بالآيتين «وعاشروهن بالمعروف»، «وجعلنا بينكم مودة ورحمة» [٥]، وعملاً بالاحاديث الشريفة «ما اكرم

---

(١) راجع في هذا البحث: المدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٧٢ و ١٣٣ — ١٣٧)، والام (ج ٣ ص ١٩٥)، وشرح المواق على سيدي خليل (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٧٩)، والمغني (ج ٤ ص ٥١٨)، والمحلى (ج ٨ رقم ١٣٩٦، وج ٩ رقم ١٦٤٢)، والقوانين الفقهية (ص ٣٢٣)، وشرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للابياني (ج١ ص٢٨٢)، ونيل الاوطار (ج ٦ ص ١٦)، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ١٥٠).

(٢) سورة النساء (٤) ٣٤. انظر تفسيرها في المنار للشيخ محمد عبده، ج ٥ ص ٦٨.

(٣) انظر بنفس المعنى المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدني الفرنسي.

(٤) الروض المربع، ج ٢ ص ٩٧.

(٥) النساء (٤) ١٩، والروم (٣٠) ٢١.

النساء الا كريم وما اهانهن الا لئيم ... خيركم خيركم لنسائه وبناته ... استوصوا بالنساء خيراً »[١] .

وعلى كل ، فهذه الناحيـــة تعود الى بحث الاحوال الشخصية الذي يخرج عن بحثنا هذا[٢] .

تصرف احد الزوجين في مال الآخر

بعد ان درسنا أهلية المرأة للتصرف في اموالهـــا ، لا بدّ من كلمة فيما يجوز لاحد الزوجين ان يفعله في مال الآخر . ولا ريب في ان العرف قـــد سمح لكل منهما بان يتعاطى في امور الآخر كثيراً من التصرفات ، بالنظر الى مـــا بينهما من مودة متبادلة وحياة مشتركة .

اولا – يجوز للمرأة في الرأي السائد عند الفقهاء أن تتصرف في مـــال زوجها بأذنه الصريح . ويجوز لها ايضاً ان تنفق من ماله دون افساد ولا تبذير ، وفق ما جرت به العادة ، وعلم بالعرف رضى الزوج الضمني به ، كما يكون في اشياء البيت من طعام وما شاكل . وقـــد جاء في الحديث الشريف : « اذا انفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لها اجرها بما انفقت ولزوجها اجره بما كسب ... »[٣] .

ومن اشباه ذلك ايضاً ما جاء في المجلة انه : « اذا طلب شخص من امرأة اعارة شيء هو ملك زوجها ، فاعـارته اياه بلا اذن الزوج فضاع ، فان كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة ايضاً . وان لم يكن ذلك الشيء من الاشياء التي تكون في يد النساء كالفرس ، فالزوج مخيّر ان شاء ضمنه لزوجته ، وان شاء ضمنه للمستعير » (المادة ٨٢٢) .

ثانياً – اذا تصرف الزوج في مال الزوجة عمـــلاً باذنها الضمني أو عملاً باطراد

---

(١) الجامع الصغير للسيوطي ، رقم ٤١٠٢ و ٤١٠٨ و ١٠١٢ .

(٢) انظر مقال « مكانة المرأة في الاسلام » لمؤلف هذا الكتاب ، المنشور في مجـلة الاديب (شباط ١٩٤٦ ، ص ٢٩) ، وفي النشرة القضائية اللبنانية (١٩٤٦ . ص ٣٥) .

(٣) روي في الصحيحين وفي كتب السنن . انظر شرح العيني على البخاري (ج٨ ص٢٩٠) ، وصحيح مسلم (ج ٣ ص٩٠) ، وشرحه للنووي (ج ٧ ص ١١١) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٤٩٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٣٩٧) ، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٨١) .

العرف في ذلك ، فان غلة مالها تكون لها ، الا اذا ارادت ان تهبها لزوجها او اذا كان الاستغلال على سبيل الصلة والمعروف ، ولا يكون سكوتها وحـده ابداً دليلا على الهبة [١] .

وكذلك في الرأي السائد ، يكون مهر الزوجة لها وحدها . وهو حقها هي [٢] . فلا شيء منه لزوجها ، ولا لابيها ، ولا لاحد من اقاربها على الاطلاق [٣] .

---

(١) البهجة في شرح التحفة ، ج ٢ ص ٧١ ـ ٧٢ .

(٢) لقد ظن بعض الجهـلة ان كلمة حق هنا معناها الثمن ، كما هو معروف في الاصطلاح الدارج ، واستنتجوا من ذلك ان المهر هو ثمن الزوجـة ، كما كان الامر عند الرومان في بعض انواع الزواج .

(٣) المحلى ، ج ٩ رقم ١٨٥١ .

البند السادس

مرض الموت

التعريف

رأينا فيما مضى كيف يكون مرض العقل سبباً للحجر أو لتقييد أهلية التعاقد والتصرفات القولية . ولا شك في ان مرض الجسم لا تأثير له مبدئياً على هذه الاهلية . غير ان الامر يكون على خلاف ذلك فيما يسمونه مرض الموت .

وان هذا المرض ، في الاصطلاح ، هو المرض « الذي حكم الطب بكثرة الموت به » . او هو المرض الذي يكون فيه خوف الهلاك غالبا ، ويعجز الرجل من القيام بمصالحه الخارجة ، « كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد وعجز السوقي عن الاتيان الى دكانه » ، والذي يعجز المرأة عن اقامة مصالحها داخل بيتها . ولا يشترط في ذلك ان يكون المريض صاحب فراش .

وان مرض الموت مبني على علة وجود خوف الهلاك . لذا يعدّ من هذا المرض الحمى الحادة وذات الجنب وما أشبه ، لا الجرب والبرص والرمد . أما المقعد والمفلوج فهما كالرجل الصحيح اذا لم يكن مرضهما يزداد يوماً فيوماً .

وكذلك لم تخل بعض الامراض من خلاف . فالسلّ مثلا يعده المالكيون من أمراض الموت . ولكن عند الحنفيين إذا طال المرض وصار المسلول بحال لا يخاف به الموت ، فهو كالصحيح . وقد اختلف في معنى التطاول في هذه الحالة ونظيراتها ، فتركه بعضهم الى العرف ، وقدره بعضهم بسنة ، والفتوى على الرأي الثاني . وبعبارة اخرى ، فالرأي الحنفي المختار لا يعتبر بمنزلة مرض الموت المرض الذي يمتد الى اكثر من سنة ، الا اذا اشتد هذا المرض وتغير حال المريض . فعندئذ تحسب

السنة ابتداء من وقت الاشتداد والتغير .

ولما كانت العلة في مرض الموت هي « خوف الهلاك على طريق الغلبة » ، فبالقياس ألحقت به احوال اخرى لوجود نفس العلة فيها . وأهم هذه الاحوال الخروج لاجل المبارزة مع قوي او كفوء ، والخروج لاجل تنفيذ القتل او القطع ان خيف منه الموت ، والوقوع في فم السبع ، وركوب البحر بعد انكسار السفينة .

وقد حصل خلاف في تحقيق غلبة الهلاك في بعض الاحوال . مثاله يعد بمنزلة مرض الموت عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية ركوب البحر بعد هياجه وتلاطم الامواج ، ويعد أيضاً كذلك عند الجمهور خلافاً للحنفية التحام القتال أو الحضور الى صفه او الاسر والحبس عند خوف القتل .

وكذلك ألحق بمرض الموت حالة المرأة الحامل ، من وقت تحرك الطلق بها عند جمهور الفقهاء ، ومنذ الشهر السادس من الحمل في مذهب مالك [١] .

وقد جمعت المجلة في تعريفها لمرض الموت خلاصة ما قلناه فنصّت على ان : « مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الاناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتدّ مرضه ، ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعدّ حاله اعتباراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت » (المادة ١٥٩٥) .

والخلاصة من هذا كله أن مرض الموت هو حالة العجز التي يكون فيها الهلاك غالباً وكثير الاحتمال . ففيها يصبح المريض قريباً من الموت ، ويخشى منه ان

---

(١) راجع في كل ذلك : الفتاوى البزازية (ج ١ ص ٢٩٩ بهامش الهندية) ، والدر المختار (ج ١ ص ٣٨١) ، والبحر الرائق (ج ٤ ص ٤٢ و ٤٦ — ٤٧) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٣٨ — ٢٣٩) ، ومختصر سيدي خليل (ص ١٩٢) ، وشرحه للخرشي (ج ٤ ص ٢١٤ — ٢١٥) ، وشرحه للمواق (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٧٨) ، والمحلى (ج ٩ ص ٣٥٢ — ٣٥٣) ، ورد المحتار (ج ٢ ص ٧١٧) ، والهندية (ج ١ ص ٤٩٢) ، وحاشية البيجوري (ج ١ ص ٣٨٢) ، والشرح الكبير (ج ٦ ص ٢٩٢ — ٢٩٣) .

يتصرف تصرفاً مضراً بورثته ودائنيه . فمن المعقول اذاً ان ينظر الشرع بتحرز الى مصلحة هؤلاء ، وان يحمي حقوقهم التي تتعلق في تركته بعد وفاته [١] .

ولهذا اعتبر جمهور الفقهاء المسلمين ان المريض أو من ألحق به لا يملك الاهلية التامة ، بل يعتبر محجوراً جزئياً عن بعض التصرفات المضرة ، لا سيما الاقرار وعقود التبرع وما شاكل . ونحن نبين بايجاز اثر هذا الحجر في التصرفات والعقود المهمة ، مع امثلة مأخوذة من المجلة بوجه خاص ومن غيرها من الكتب الفقهية .

ولا بدّ من الاشارة ههنا الى ان المريض اذا شفي من مرضه تعتبر جميع عقوده وتصرفاته التي اجراها في مرض الموت صحيحة ، كما لو اجراها في حال الصحة .

وختاماً اذا قارنا بين هذا المذهب الاسلامي وبين القوانين الاوروبية ، وجدنا ان هذه القوانين ، وان كانت قد نظرت الى مصلحة الغرماء والورثة وحمت مصالحهم من اوجه عديدة ، الا انها لم تعتبر مرض الموت بحد ذاته سبباً من اسباب الحجر ولا مبرراً لتقييد أهلية التعاقد .

وكذلك في المذهب الظاهري لا تأثير لمرض الموت على الاهلية أبداً . فقد قال ابن حزم ان كل ما انفذه المرضى في اموالهم من هبة او هدية أو صدقة أو محاباة في بيع أو اقرار ، سواء أكانت هذه التصرفات لوارث أو لغير وارث أو لبعض الغرماء دون بعض ، كل ذلك نافذ من رؤوس اموالهم كما لو كانوا اصحاء آمنين . « فالمريض مرضاً يموت منه أو يبرأ منه ، والحامل مذ تحمل الى ان تضع او تموت ، والموقوف للقتل بحق في قود او حد او باطل ، والاسير عند من يقتل الاسرى او من لا يقتلهم ، والمشرف على العطب ، والمقاتل بين الصفين ، كلهم سواء وسائر الناس في اموالهم ، ولا فرق في صدقاتهم وبيوعهم وعتقهم وهباتهم وسائر اموالهم » [٢] .

عقود المعاوضة

ان المريض مرض الموت غير ممنوع من التجارة ولا من تعاطي عقود المعاوضة

---

(١) المبسوط (ج ١٨ ص ٢٦) ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٢٤) .

(٢) المحلى ، ج ٨ رقم ١٣٩٥ ، و ج ٩ ص ٣٤٨ .

المالية ، كالبيع والشراء والاجارة وما اشبه [١] ، لان هذه المعاوضة تنفي في الاصل وجود الضرر . واليك امثلة من هذه العقود ، مأخوذة من مراجع الحنفيين : —

اولا — البيع .

ان المحاباة في البيع ، اي البيع بالغبن ، شبيه بعقود التبرع ، وسيأتي حكمه معها . ولكن هل يصح البيع او الشراء بثمن المثل ؟ لا ريب في صحته اذا كان معقوداً مع اجنبي ، اي مع غير الوارث . ففي المجلة : « اذا باع المريض في مرض موته شيئاً لاجنبي بثمن المثل صح بيعه ... » (المادة ٣٩٤) .

وكذلك يصح البيع والشراء بثمن المثل عند صاحبي ابي حنيفة وعند جمهور الفقهاء ، اذا كان معقوداً بين المريض واحد ورثته . اما عند ابي حنيفة ، فالعقد لا ينفذ الا برضى الورثة [٢] . وبرأيه اخذت المجلة فنصّت على انه « اذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لاحد ورثته ، فيصير ذلك موقوفاً على اجازة سائر الورثة . فان اجازوا بعد الموت ينفذ البيع ، وان لم يجيزوا لا ينفذ » (المادة ٣٩٣) .

ثانياً — الرهن .

قال ابن البزّاز : « يصح رهن المريض ويثبت احكام الرهن ، ولا يكون هذا تبرعاً بما زاد على الدين ، لانه جعل المال في يد الامين . ولكن لا يظهر صحة هذا الرهن في حق الغرماء ، لانه ايثار بالايفاء الحكمي » [٣] .

ومعنى ذلك ان الرهن يصحّ في مرض الموت ، ولكن لا يكون فيه للدائن المرتهن ادنى أفضلية على باقي الغرماء ، لتعلق حقهم في تركة المريض يوم مرضه .

ثالثاً — التصرف بالمنافع .

تصح الاعارة في مرض الموت عند الحنفيين ، وتصح ايضاً هبة المريض بالمنافع . فعليه تصح اجارته ومزارعته ، ولو بأقل من اجر المثل [٤] . ولا ريب في ان سبب

---

(١) المبسوط (ج ١٨ ص ٢٦—٢٧) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٥٩) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢١٥) ، وشرح المواق (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٧٨) وحاشية البيجوري في الموضع المذكور ، والشرح الكبير (ج ٦ ص ٢٩٨) .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٤٥—٢٤٦) ، والفتاوى الخانية (بهامش الهندية ج ٣ ص ٦٩٥) ، والشرح الكبير في الموضع المذكور .

(٣) الفتاوى البزازية ، ج ٣ ص ٥٧ ، بهامش الهندية .

(٤) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٤٦ — ٢٤٧) . وهذا مخالف لما جاء في المحاباة في الاجارة والاستئجار في الماده ٥٦١ من قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

ذلك هو ان المنافع لا تعدّ مالاً في مذهبهم . فلا يعدّ التبرع بها في مرض الموت مضراً بالغرماء والورثة ، الذين تعلق حقهم في عين تركته .

عقود التبرع

قال اصحاب المذهب الظاهري بان تصرفات المريض وتبرعاته جميعاً نافذة كتصرفات الصحيح ،على ما اوضحنا سابقاً [١] . ولكن جمهور الفقهاء قالوا بعكس ذلك ، واعتبروا عقود التبرع التي يجريها المريض في مرض موته شبيهة بالوصية ، واعطوها من ثمّ نفس الحكم بوجه عام [٢] . ويفسّر ذلك ان مثل هذه العقود هي بطبعها مضرة ضرراً محضاً بتركة المتبرع المريض ، التي يتعلق بها حق الورثة والغرماء جميعاً .

فلذا اعتبر المريض لجهة هذه العقود محجوراً عليه حجراً جزئياً . والضابط في ذلك انه لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان عليه ديون تستغرق جميع ماله ، وانه لا يصح تبرعه لمصلحة الوارث الا باجازة باقي الورثة بعد وفاة المورث ، وان هذا التبرع لا يصح ايضاً لمصلحة الاجنبي اي غير الوارث الا اذا لم يجاوز ثلث التركة [٣] .

ولاجل تفهم هذا الضابط ، لا بدّ من التفصيل والتفريق بين احوال ثلاث : الاولى حالة استغراق ديون المريض لجميع امواله ، والثانية حالة زيادة التركة على الديون دون وجود وارث او ورثة ، والثالثة حالة زيادة التركة على الديون مع وجود الوارث . وهاك ايضاح هذه الاحوال مع بعض الامثلة من عقد الهبة ، وبيع المحاباة والكفالة والوقف مأخوذة من المجلة ومن غيرها :—

اولا — استغراق ديون المريض لجميع امواله .

لا شك في ان عقود التبرع في هذه الحالة تضر بالغرماء ، فلذا جوّز لهؤلاء ان يطلبوا الغاءها. مثاله لو وقف (المريض) داراً وعليه دين محيط بماله ينقض الوقف

---

(١) المحلى ، ج ٩ ص ١٦٠ و٣٤٨ .

(٢) انظر بهذا المعنى المادة ٥٦١ من قانون الاحكام الشرعية المشار اليها ، والشرح الكبير (ج ٦ ص ٢٩١).

(٣) المبسوط (ج ١٨ ص ٢٦ و ٣١) ، وحاشية البيجوري في الموضع المذكور ، والنهاية شرح الغاية والتقريب (ج ٢ ص ٤٤) .

ويباع »[١] . ومعناه ان للدائنين ان يطلبوا ابطال الوقف الذي اجراه مدينهم المريض ، ولهم بيع الدار الموقوفة استيفاء لحقهم .

وفي الهبة قالت المجلة : « اذا وهب من استغرقت تركته بالديون امواله لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي ، فلاصحاب الديون ابطال الهبة وادخال امواله في قسمة الغرماء » (المادة ٨٨٠) .

وايضاً ألحقَ بعقود التبرع بيع المحاباة . وهو البيع بأقـــل من ثمن المثل بما لا يتغابن فيه الناس . ويفسر ذلك ما في المحاباة من التفاوت في المعاوضة ومن الضرر على التركة وعلى حقوق الغرماء والورثة . ففي المجـــلة ورد انه « اذا باع رجل في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ، ثم مات مديوناً وتركته مستغرقـــة ، كان لاصحاب الديون ان يكلفوا المشتري ابلاغ ثمـــن ما اشتراه الى ثمن المثل واكماله واداءه للتركة ، فان لم يفعل فسخوا البيع » (المادة ٣٩٥) .

واخيراً لا يجوز للمريض المدين ان يبرىء مدينه ، أي ان يسقط دينه الذي له على آخر[٢] ، لما في هـــذا الابراء والاسقاط من ضرر على الغرماء . وكذلك تجب المساواة بين الدائنين . فعليه « ليس لاحد ان يؤدي دين احـــد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم . ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه او القرض الذي استقرضه وهو في حال المرض » (المادة ١٦٠٤) .

ثانياً — حالة زيادة التركة على الديون دون وجود وارث .

هنا تصح عقود التبرع اذا بقي بعدها ما يكفي الديون ، لعدم الضرر من هذه العقود على احد . فلذا ورد في عقد الهبة في المجلة انه : « اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لأحد في مرض موته وسلمها فيصح ، وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته » (المادة ٨٧٧) . وكذلك هو الحكم اذا وهب وسلم احـــد الزوجين جميع ماله للآخر في مرض الموت ان لم يكن له وارث سواه (المادة ٨٧٨) .

ثالثاً — حالة زيادة التركة على الديون مع وجود الوارث .

نعم لا ضرر من عقود التبرع في هـــذه الحالة على الغرماء ، ولكن فيها ضرر كبير على الورثة . فلذا اعتبرها الفقهاء بمنزلة الوصية ، وقالوا بانهـــا لا تصح لاحد

---

(١) الفتاوى الخانية (بهامش الهندية ج ٣ ص ٣٤٨) ، وجامع الفصولين (ج٢ص٢٤٤) .
(٢) الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ص ٤٢٧ .

الورثة الا باجازة الباقين بعد وفاة المورث، وتصح لاجنبي بنسبة ثلث التركة لا اكثر[1].

مثاله في الهبة قالت المجلة : « اذا وهب امرؤ في مرض موته شيئاً لاحد ورثته ، وبعد وفاته لم يجز سائر الورثة ، لا تصح تلك الهبة . واما لو وهب وسلم لغير الورثة ، فان خرج الموهوب من ثلث ماله صحت الهبة ، وان لم يخرج ولم يجز الورثة الهبة فانما تصح في مايخرج من الثلث ويجبر الموهوب له على رد الباقي » (المادة ٨٧٩).

ومثله بيع المحاباة . فهو لا ينفذ اذا كان لمنفعة احد الورثة إلا باجازة الباقين (المادة ٣٩٣) . ويجوز اذا كان لاجنبي ولكن « يعتبر من ثلث ماله ، فان كان الثلث وافياً بها (أي المحاباة) صح ، وان كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري اكمال ما نقص من ثمن المثل واعطاؤه للورثة . فان اكمل لزم البيع ، والا كان للورثة فسخه . مثلاً لو كان شخص لا يملك إلا داراً تساوي الفاً وخمسمائة قرش فباع الدار المذكورة في مرض موته لأجنبي غير وارث بألف قرش وسلمها له ثم مات ، فبما ان ثلث ماله يفي بما حابى به وهو خمسمائة قرش ، كان هذا البيع معتبراً ، وليس للورثة فسخه حينئذ . واذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها للمشتري ، فبما ان ثلث ماله الذي هو خمسمائة قرش يعدل نصف ما حابى به وهو الف قرش ، فحينئذ للورثة ان يطلبوا من المشتري نصف ما حابى به مورثهم وهو خمسمائة قرش . فان أدّاها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع ، وان لم يؤدّها كان للورثة الفسخ واسترداد الدار » (المادة ٣٩٤) .

وكذلك في الكفالة ، لو كفل أحد دين وارثه أو طلبه في مرض موته ، فلا تكون الكفالة صحيحة . ولو كفل دين الاجنبي فيعتبر من ثلث ماله[2] .

ومعلوم أن لوقف المريض ايضاً احكاماً خاصة ، لكن المجال لا يتسع لتفصيلها . وبكلمة موجزة نقول ان المريض الذي تستغرق ديونه تركته اذا وقف مالا في مرض موته لاجنبي فيعتبر من ثلث ماله[3] . اي انه يصح اذا لم يجاوز الثلث ويتوقف

(١) انظر المبسوط في الموضع المذكور ، والجامع الكبير لمحمد بن الحسن (ص ٣٦٨) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٤٥ ـ ٢٥٠) ، وتنقيح الفتاوى الحامدية (ج ٢ ص ٦٥) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢١٦) ، وشرح المواق (ج ٥ ص ٧٨) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٧) ، ومفتاح الكرامة (ج ٥ ص ٢٩٦)، والشرح الكبير (ج ٦ ص ٢٩١).

(٢) انظر المادة ١٦٠٥ من المجلة ، وجامع الفصولين (ج٢ ص ٢٤٧) .

(٣) هذه القاعدة طبقها قانون الاوقاف الذرية اللبناني الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ بصورة مطلقة، حتى ولو كان الواقف غير مريض، اذا ترك عند موته ذرية او زوجاً او احد الوالدين (المواد ٣٦ـ٣٨).

على اجازة الورثة فيما زاد على ذلك . اما اذا وقف المريض مالا لمصلحة احد الورثة، فالوقف يصح في حال اجازته من قبل باقي الورثة بعد وفاة الواقف . ولكن عند عدم الاجازة اذا كان المال الموقوف لا يجاوز ثلث التركة فهو صحيح ، الا ان الغلة تقسم بين الورثة الموقوف عليهم وباقي الورثة على قدر حصتهم في الميراث حتى انقراض جميع الموقوف عليهم . واذا كان المال الموقوف اكثر من الثلث ، فان ما كان دون الثلث حكمه كما ذكرنا ، وما زاد عليه فانه يقسم بين جميع الورثة قسمة تملك ولا يصحّ الوقف فيه [١] .

اقرار المريض

إذ علمنا أن الوصية لا تجوز لوارث إلا باجازة باقي الورثة ولا تجوز للاجنبي إلا من ثلث المال ، أدركنا ما لاقرار المريض بدين أو عين لمصلحة وارثه أو غير وارثه من أهمية وما فيه من تهمة الوصية المستترة . ولا بأس بكلمة ههنا في حكم هـذا الاقرار ، مع الملاحظة بأن هذه الكلمة لا بدّ من أن تكون موجزة ، لأن الاقرار خارج عن بحث أهلية التعاقد الذي نحن بصدده .

ويجب التفصيل في هذا المعرض بين حالات أربع وهي : إقرار المريض عند عدم الدين والوارث ، وإقرار المريض المدين بالنسبة للغرمـاء ، واقرار المريض لمصلحة الوارث ، والاقرار لمصلحة الاجنبي [٢] .

---

(١) راجع جامع الفصولين (ج٢ ص ٢٤٣ ــ ٢٤٥)، والفتاوى الهندية (ج٢ص ٤٣٩ ــ ٤٤٢)، وانفع الوسائل المعروف بالفتاوى الطرسوسية (ص ١٠٠) ، والمغني (ج ٦ ص٢١٩ ــ ٢٢٠) .

(٢) انظر في ذلك : المبسوط (ج ١٨ ص ٢٤ــ٣٣) ، والام (ج ٧ ص ١١٠) ، وتكملة فتح القدير وبهامشه العناية (ج ٧ ص ٢ وما بعدها) ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٢٤ ــ ٢٢٨)، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٥٠) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ٣٦٧) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٦١ وما بعدها) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٦٢ ــ ٦٣) ، والمغني (ج ٥ ص ٣٤٢ ــ ٣٤٧) ، ومفتاح الكرامة (ج ٥ ص ٣٠١) ، والميزان للشعراني (ج ٢ص٩٢)، وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (المادتين ٥٦٣ و٥٦٤) ، وشرحه للابيـاني (ج ٢ ص ٣٣٢) ، والوجيز (ج ١ ص ١٩٥) ، وشرحه فتح العزيز (بذيل المجموع ج ١١ ص ٩٦) .

أولاً - اقرار المريض عند عدم الدين والوارث .

جاء في المجلة ان اقرار المريض الذي لا وارث له سوى زوجه يعتبر بمنزلة الوصية . فاذا نفى هذا المريض الملك عن جميع ماله وأقرّ به لغيره ، صح الاقرار وليس لامين بيت المال أن يتعرض لتركة المقر بعد وفاته (المادة ١٥٩٦) . وسبب ذلك ان الوصية جائزة في مثل هذه الحال ، فجاز الاقرار الذي هو بمنزلتها .

ثانياً - اقرار المريض المدين بالنسبة للغرماء .

سنرى قريباً حكم إقرار المريض بدين أو بعين لوارثه وحكم اقراره لغير الوارث .

ولكن في الاحوال التي يكون فيها هذا الاقرار نافذاً وصحيحاً ، سواء أكان لمصلحة الوارث أم لغيره ، لا بدّ من التساؤل عما يكون حكمه بالقياس إلى أرباب الديون السابقة لمرض الموت . فهل تتساوى ديون الصحة وديون المرض أم تقدم الاولى على الثانية ؟

في المذهب الحنفي ، كما جاء في المجلة ، تعتبر « ديون الصحة مقدّمة على ديون المرض . يعني أن المديون المستغرقة تركته بالدين تقدم ديونه التي تعلقت بذمته في حال صحته على الديون التي لزمته باقراره في مرض موته . فتستوفى أولاً ديون الصحة من تركته ، ثم تؤدّى ديون المرض ان بقيت فضلة . ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض باسباب معروفة ، أي أسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس غير الاقرار ، كالشراء والاستقراض واتلاف المال ، فهي في حكم ديون الصحة . وإذا كان المقرّ به من الاعيان فحكمه على هذا المنوال أيضاً . يعني إذا أقر أحد لاجنبي بأي شيء كان في مرض موته ، فلا يستحقه المقر له ما لم تؤدّ ديون الصحة أو الديون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمت بأسباب معروفة كما ذكر آنفاً » (المادة ١٦٠٢) .

وان قول الحنفيين في تقديم ديون الصحة على ديون المرض هو أيضاً قول النخعي والثوري وقول غير مشهور عن ابن حنبل . وأما باقي الأئمة فانهم اعتبروا الاقرار في الصحة والمرض سواء .

ثالثاً - اقرار المريض لمصلحة الوارث .

في المذهب الحنفي لا يصحّ الاقرار بدين أو عين لوارث ، لأنه متهم بهذا

الاقرار لجواز أنه آثر هذا الوارث على الباقين بميل الطبع [١]. ولا يصحّ هذا الاقرار إلا باجازة باقي الورثة بعد الموت ، أو بتصديقهم المقر في حال حياته ، أو إذا أفاق المريض من مرضه بعد الاقرار ، أو إذا كان الاقرار بقبض الأمانة من وارثه ، أو باتلاف وديعة معروفة للوارث ، أو بقبضه مـا قبضه له الوارث بالوكالة من مديونه [٢].

ويعدّ «اقرار المريض في حال مرض الموت بالاسناد إلى زمان الصحة في حكم الاقرار في زمان المرض . فلو أقرّ أحد في مرض موته بأنه قد استوفى طلبه الذي على وارثه في زمان صحته ، لا ينفذ اقراره ما لم يُجِزْه باقي الورثة . و كذلك لو أقرّ احد بانه كان قد وهب ماله الفلاني لفلان الذي هو من ورثته وكان سلمه اياه ، لا ينفذ اقراره ما لم يثبت ببينة او يجزه باقي الورثة » (المادة ١٦٠٠).

وان المراد من الوارث في هذا البحث هو الذي كان وارثاً للمريض في وقت وفاته . واما الوراثة الحاصلة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعة لصحة الاقرار . كما اذا اقر احد بمال لامرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات فيكون اقراره نافذاً . واما الاقرار لمن كانت وراثته قديمـة ولم تكن حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذاً . مثلا لو اقرّ من له ابن بمال لاحـد اخوته من أبويه ثم مات بعد موت ابنه ، لا يكون اقراره نافذاً ، لان اخاه يرثه من حيث كونه اخاً له » (المادة ١٥٩٩) .

وان ما قلناه عن المذهب الحنفي قال به ايضاً الامام حنبـل والقاضي شريح والنخعي ويحيى الانصاري . وقال بعكسه الأئمة الشافعي في الرواية المشهورة عنـه وابو ثور واسحق وعطاء والحسن . فعندهم يصح اقرار المريض لوارث وان لم تجزه الورثة . أما الامام مالك فانه قال بعدم قبول اقرار المريض الا اذا لم يكن متهماً فيه . مثلاً لو كان للمقر بنت وابن اخ ، فاقر بدين لابن الاخ لم يتهم بايثاره عـلى ابنته ، وان اقرّ بذلك لابنته اتهم بايثارها على ابن اخيه .

رابعاً — اقرار المريض لاجنبي .

ان اقرار المريض في مرض موته بدين أو عين لمصلحة غير الوارث صحيح في

---

(١) البدائع ، ج ٧ ص ٢٢٤ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، والمادتان ١٥٩٧ و١٥٩٨ من المجلة .

الرأي السائد عند الفقهاء ، الا اذا كان كذب المقر ظاهراً ، فعندئذ لا يعتبر اقراره الا من ثلث ماله .

وبهذا المعنى ورد في المجلة ان « اقرار المريض في مرض موته بعين أو دين لاجنبي ، اي لمن لم يكن وارثه ، صحيح وان أحاط بجميع ماله . ولكن اذا ظهر كذب المقر بان كان معلوماً عند كثيرين ان المقر به ملكه وقت الاقرار ، تملكه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة او انتقل اليه بالارث ، فحينئذ ينظر ان لم يكن الاقرار في اثناء مذاكرة الوصية كان بمعنى الهبة فلا بدّ من التسليم ، وان كان في اثناء مذاكرتها حمل على معنى الوصية ، وفي كلتا الحالتين لا يعتبر اقرار المقر الا من ثلث ماله » (المادة ١٦٠١) .

وكذلك في المجلة اذا اقر احد في مرض موته بانه قد استوفى من اجنبي دينه الذي نشأ بذمة هذا الاجنبي في حال المرض ، فالاقرار صحيح ولكنه لا يسري على دائني الصحة ، اي على ارباب الديون الثابتة في زمن الصحة . ولكن اذا كان الدين الذي اقرّ باستيفائه يتعلق بذمة الاجنبي في حال الصحة قبل المرض ، فالاقرار بقبضه في حال المرض صحيح ومعتبر حتى تجاه دائني الصحة ايضاً (١٦٠٣) .

ولا شكّ في أن هذا التفصيل الذي أتت به هذه المادة غير مقبول إلا في المذاهب التي قبلت بتقديم ديون الصحة على ديون المرض ، كما أوضحنا

أحوال أخرى

ما قدمناه يتعلق بأهلية المريض لاجراء العقود والتصرفات المالية . لكن توجد عقود أو تصرفات أخرى لا علاقة لها بالمال ، أو لا تقبل الفسخ . ونحن نكتفي بمثالين من ذلك وهما الزواج والطلاق .

أولاً — الزواج .

قال الامام أبو حنيفة بجواز زواج المريض ، واشترط فيه أن يكون المهر مهر المثل لا أكثر . وبهذا الجواز قال الامام الشافعي أيضاً . وأما الامام مالك ،

فانه لم يجوز ذلك في قوله المشهور [١] .

ثانياً - الطلاق .

اتفق الفقهاء على صحة طلاق المريض في مرض موته ، ولكنهم اختلفوا في مسألة ارث الزوجة المطلقة إذا مات زوجها المريض من ذلك المرض .

فقال الامام الشافعي بأنها لا ترثه أبداً ، لأن سبب الارث ،وهو رباط الزوجية ، قد انقطع قبل الموت . وقال الامام مالك بأنها ترثه دائماً ، وان انقضت عدتها وتزوجت .

وبين هذين المذهبين المتباعدين توسطت باقي المذاهب . فقال الامام أبو حنيفة وابن أبي ليلى بأن المطلقة في مرض الموت ترث زوجها إذا مات وهي في العدة لا إذا مات بعد انقضائها . وقال الامام ابن حنبل بأنها ترثه شرط أن لا تتزوج بغيره قبل وفاته .

وان من قال بعدم حرمان الزوجة من الارث يستند إلى سابقات عثمان بن عفّان، وإلى أن الطلاق في مرض الموت يحمل على قصد حرمان الزوجة من الارث، فلذا ردّ الشرع هذا القصد على صاحبه [٢].

حجر المحكوم عليهم

قدمنا ان جمهور الفقهاء ألحقوا بمرض الموت بعض الاحوال التي يغلب فيها خوف الهلاك.ومن هذه الاحوال حالة المحكوم عليهم بالاعدام او بالقطع ان خيف منه الموت . وكذلك ايضاً هو حكم المرتد عن الاسلام عند بعض الفقهاء [٣].

---

(١) انظر تكملة فتح القدير (ج ٧ ص ٣) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٣٤) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢١٦) ، والقوانين الفقهية (ص ١٩٧) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٨) ، والوجيز (ج ٢ ص ٥٩) .

(٢) راجع الموطأ بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ١٩٥) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢٣٨)، والبحر الرائق (ج ٤ ص ٤٢) ، والدر المختار (ج ١ ص ٣٨١) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٢٨) ، وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (المادة ٢٦٩) ، وشرحه للابياني (ج ١ ص ٣٧٩—٣٨٠) .

(٣) القواعد لابن رجب ، ص ٤٠٨ .

وشبيه بذلك ما نراه اليوم في القوانين الحديثة من الحجر القانوني على بعض المحكوم عليهم ببعض العقوبات المهمة . وسبب هذا منع المحكوم عليه من السعي للترفيه عن نفسه ، أو لمحاولة الهرب من السجن . ويبرر الحجر ايضاً عجز المحكوم عليه في الواقع عن ادارة امواله وحاجته الى من ينوب عنه في ذلك .

وقد ورد هذا الحجر القانوني في قانون الجزاء العثماني (المادة ٢٧) ، نقلا عن القانون الفرنسي (المواد ٢٩–٣١) ، ثم في قانون العقوبات اللبناني ، حيث جاء فيه : — « كل محكوم عليه بالاشغال الشاقة او بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر وتنتقل ممارسة حقوقه على املاكه ، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص ، الى وصي وفاقاً لاحكام قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الاوصياء على المحجور عليهم . وكل عمل او ادارة او تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلا بطلاناً مطلقاً ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة . ولا يمكن ان يسلم الى المحكوم عليه اي مبلغ من دخله ، ما عدا المبالغ التي تجيزها الشريعة او انظمة السجون . وتعاد الى المحكوم عليه املاكه عند الافراج عنه ، ويؤدي له الوصي حساباً عن ولايته » (المادة ٥٠) .

ونصّ قانون الموجبات اللبناني على انه « يحق لكل ذي شأن الاحتجاج بعدم اهلية المحكوم عليهم الموضوعين تحت الحجر القانوني » (المادة ٢١٨) .

البند السابع

المدين

الحجر على المدين

لا شك في ان حقوق الغرماء او الدائنين معرضة لخطر تبذير المدين وتهريبه امواله بتصرفه على غير هدى أو غير أمانة ، او باقراره بديون غير صحيحة . فلذا نظرت الشرائع الى هذا الخطر ووضعت وسائل عدة لدرئه ولحماية الدائنين منه ، كما سنرى في باب مفاعيل الموجبات . ولا يهمنا من هذه الوسائل الآن الا مسألة الحجر على المدين لما لها من علاقة باهلية التعاقد ، ومن تأثير على صحة تصرفات المدين المحجور عليه .

ولقد وقع في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء المسلمين [١] . فقال الامام ابو حنيفة بعدم جواز الحجر على المدين ، « لأن في الحجر عليه اهدار اهليته والحاقه بالبهائم ، وذلك ضرر عظيم » لا يمكن تحمله لدفع ضرر خاص . و كذلك عند ابي حنيفة ، لا

---

(١) انظر في هذه المسألة : المبسوط (ج ٢٤ ص ١٦٣ وما بعدها) ، وتكملة البحر الرائق (ج ٨ ص ٨٣ــ٨٤) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٣٠ــ٢٣٢) ، ونتائج الافكار تكملة فتح القدير (ج ٧ ص ٣٢٤ وما بعدها) ، والدر المنتقى شرح الملتقى (بهامش مجمع الانهر ج ٢ ص٤٤٢)، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٧٠) ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٧ ص ١٦٩) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٨٣ وما بعدها) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٥ــ٢٤٣) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ــ ٣٢ ص ٥٧) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٧٣) ، والقوانين الفقهية (ص ٣١٨) ، والام (ج ٣ ص ١٨٩ــ١٩١) ، والوجيز (ج ١ ص ١٧٠) ، وشرحه فتح العزيز (ج ١٠ ص ١٩٦ وما بعدها) ، والمهذب (ج ١ ص ٣٢٠) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٥٥ وما بعدها) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٣٩٤) ، والميزان للشعراني (ج٢ ص٨٣)، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٠٧) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٦٥) .

يجوز للحاكم أن يبيع مال المدين ، بل له ان يحبسه حتى يبيعه هو . وحجته في ذلك ما جاء في الآية الكريمة « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم »[١] ، وما جاء في الحديث الشريف « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه »[٢] . فبيع مال المدين بغير رضاه ليس بتجارة عن تراضٍ ولا مما تطيب نفسه به .

وقد ذهب إلى قول أبي حنيفة بعدم الحجر على المدين تلميذه زفر وأصحاب المذهب الظاهري وزيد بن علي والناصر . أما جمهور الفقهاء مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وغيرهم ، فقد قالوا بالحجر على المدين المفلس وبيع ماله من قبل الحاكم . واستندوا في ذلك إلى سنّة النبي (ص) في حجره على مُعاذ بن جبل وبيع ماله في ديون كانت عليه ، وإلى سابقات عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز وغيرهما في بيع أموال المدين وقسمتها بين الغرماء .

وان معظم الشرائع الحديثة وضعت أنظمة خاصة للافلاس وللحجر على المدين المفلس . ولكن بعض هذه الشرائع خصّت ذلك بالتجار كما في فرنسا ولبنان ، وبعضها لم يفرق بين التجار وغيرهم كما في الشريعتين الاسلامية والانكليزية[٣] .

طلب الحجر وأسبابه

أخذت مجلة الاحكام العدلية برأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد . فنصّت على أن « للحاكم أن يحجر على المديون بطلب الغرماء » (المادة ٩٥٩) . وطلب الدائنين شرط الحجر عند جمهور الفقهاء ، ما عدا ما روي عن الامام الشافعي أنه جوّز الحجر على المدين قبل طلب الدائنين للمصلحة ، وجوّزه بناء على طلب المفلس نفسه[٤] . وقول الشافعي موافق من هذه الناحية لما جاء في قوانين التجارة الحديثة[٥] .

---

(١) النساء (٤) ٢٩ .

(٢) الفتح الكبير ، ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٣) انظر قانون التجارة العثماني (المادة ١٤٧ وما بعدها) ، والفرنسي (المادة ٤٣٧ وما بعدها) ، واللبناني (المادة ٤٥٩ وما بعدها) ، وكتاب ستيفن (Stephen's Commentaries ج ٣ ص ٦٦٧) .

(٤) فتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٠٠) ، ونيل الاوطار في الموضع المذكور .

(٥) انظر مثلا المواد ٤٩١ — ٤٩٣ من قانون التجارة اللبناني .

ولا بدّ في الحجر من الاشهاد عليه واعلانه للناس ببيان سببه ، ليكون الجميع على بصيرة . ولا بدّ من ابلاغ خبره إلى المدين ، الذي يبقى متمتعاً بأهليته التامة حتى يصل خبر الحجر اليه [١] .

اما اسباب الحجر ،فهي الافلاس الحقيقي عند جمهور الفقهاء ، والافلاس الظاهر والمماطلة عند بعضهم . وهاك ايضاح ذلك : —

أولاً — الافلاس الحقيقي .

ومعناه الحالة التي تكون فيها اموال المدين مستغرقة بالدين . ولكن اذا كانت الاموال مساوية للديون فلا حجر عند جمهور الفقهاء [٢] ، خلافاً للمجلة التي عرفت المدين المفلس بانه من كان دينه مساوياً لماله أو أزيد منه . ففي هذه الحالة ، اذا خاف الغرماء ان يضيع المدين المفلس «ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره ، وراجعوا الحاكم طالبين حجره عن التصرف في ماله أو عن اقراره بدين لآخر ، حجره الحاكم وباع امواله وقسمها بين الغرماء .. » (المادة ٩٩٩) .

ثانياً — المماطلة .

إنّ ماطل المدين المقتدر في اداء دينه ، فهو كالمفلس ظاهراً . لذا جوّز الرأي الحنفي المختار وبعض فقهاء المذاهب الاخرى ان يطلب الغرماء الحجر على المدين المماطل [٣] . وهو قول معقول موافق لروح الشريعة الاسلامية وللحديث الشريف : « مَطل الغني ظلم » [٤] . وهو قريب ايضاً من التعريف الذي تبنته قوانين التجارة العصرية ، ومنها قانون التجارة اللبناني ، حيث جاء فيه ان التاجر المفلس هو من انقطع عن دفع ديونه التجارية (المادة ٤٨٩) .

الا انه لما كانت الديون في الحالة الثانية لا تحيط بجميع اموال المدين ، كان من الضروري ان لا تباع أمواله جميعاً ، بل ان يباع منها ما هو أهون في حق المدين ،

---

(١) المهذب (ج ١ ص ٣٢١) ، والبحر في الموضع المذكور ، والمادتان ٩٦١ و٩٦٢ من المجلة.

(٢) المهذب في الموضع المذكور ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٨) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٧٥) .

(٣) نتائج الافكار (ج ٧ ص ٣٢٧) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٢٥ — ٣٢٦) ، والمهذب في الموضع المذكور .

(٤) رواه الصحيحان وابو داود . انظر شرح العيني على البخاري (ج ١٢ ص ٢٣٦) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٤) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٤٥) .

وان لا يبيع الحاكم المال الا بعد ان يمتنع المدين من بيعها هو.

وبهذا كله أخذت المجلة ، فنصت على انه : « لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في اداء دينه مع قدرته على الوفاء ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجر الحاكم ماله . واذا امتنع من بيعه وتأدية الدين ، باعه الحاكم وادّى دينه . فيبدأ بما بيعه أهون في حق المديون. فيقدم النقود اولاً ، فان لم تفِ فالعروض ، وان لم تفِ العروض ايضاً فالعقار » (المادة ٩٩٨) .

ففي هذا الترتيب مراعاة لجانب المدين ، وهو شبيه بما جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، من انه اذا كانت ثروة المدين مؤلفة من أموال مختلفة ، فيبدأ بحجز الديون ، فالمنقولات ، ثم العقارات (المادة ٦١١) .

اثر الحجر في تصرفات المدين

ليس الحجر على المدين عاماً يشمل جميع تصرفاته وجميع أمواله ، بل هو مقيد من حيث التصرفات ومن حيث الاموال.

فمن ناحية التصرفات ، اختلف الفقهاء في تأثير الحجر. فمنهم من منع التصرفات المالية جميعاً ، ومنهم من قصر الحجر على التصرفات المضرة بالغرماء فقط [1] .

مثاله عند الحنفيين لاتعتبر تصرفات المحجور عليه المضرة بالغرماء ، كالهبة والصدقة والبيع بثمن اقل من ثمن المثل ، والاقرار بدين لآخر ، وما الى ذلك . ولكن يصح قبوله الهدية وبيعه بثمن المثل ، وما أشبه ، لعدم الضرر من ذلك على الغرماء . غير ان هذه التصرفات الممنوعة لا تكون كذلك الاّ بالقياس الى أموال المدين الموجودة وقت الحجر . اما بالقياس الى الاموال التي يكسبها بعد الحجر ، فتكون هذه التصرفات معتبرة .

وبهذا كله أخذت المجلة فنصّت على ان « الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ، ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر » (المادة ١٠٠١) . وان « الحجر يؤثر في كل ما يؤدّي الى ابطال

---

(١) الهداية (ج ٣ ص ٢٣٠) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٩) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٧) ، والوجيز (ج ١ ص ١٧٠) .

حق الغرماء ، كالهبة والصدقة وبيع مال بانقص من ثمن مثله . بناء عليه لا تعتبر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر ، ولكن تعتبر في حق امواله التي اكتسبها بعد الحجر . ولو اقر لآخر بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ، ولكن يعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديوناً بأدائها في ذلك الوقت . وأيضاً ينفذ اقراره فيما يكتسبه بعد الحجر ويقضى دينه منه » (المادة ١٠٠٢) .

وختاماً ، لا بدّ من الاشارة الى أن قوانين التجارة الحديثة أشدّ من المجلة في ذلك . ففي القانون اللبناني مثلاً ، لا يجوز للمفلس ان يدير امواله حتى ما كان منها قد أحرزه بعد اعلان الافلاس ، ولا يمكنه ان يبيعها ، ولا أن يتعاقد أو يتعاطى شيئاً من التصرفات ، ما عدا الاعمال الاحتياطية والحقوق المتعلقة بشخصه وما شاكل (المادة ٥٠١ - ٥٠٢) .

قسمة اموال المدين

بعد اعلان الحجر على المدين المفلس تباع امواله لاجل ايفاء الديون التي بذمته . ولكن يستثنى من البيع ثيابه الضرورية ودار سكنه وأشياء أخرى خلافية لا مجال لتفصيلها .

مثاله جاء في المجلة انه يترك للمدين « من الالبسة ما يحتاج اليه . وان كان للمديون ثياب ثمينة وكان يمكن الاكتفاء بما دونها ، باعها (الحاكم) ، وأشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة ، وأعطى باقيها للغرماء ايضاً . وكذلك ان كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها ، باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المديون وأعطى باقيها للغرماء » (المادة ٩٩٩) .

وكذلك لا يترك المفلس وعياله بدون نفقة في أثناء معاملات البيع والتوزيع . بل ينفق في مدة الحجر عليه وعلى من لزمته نفقته بالمعروف (المادة ١٠٠٠) .

وبعد بيع أموال المدين المحجور عليه يقسم ثمنها بين الغرماء . فاذا كان الثمن كافياً لايفاء جميع الديون ، فحينئذ لا سبيل للخلاف ، اذ كل دائن يأخذ حقه .

ولكن اذا كان الثمن ناقصاً لا يفي بها جميعاً ، فكيف تجري القسمة ؟

ان الاصل في ذلك أن توزع الاموال بين الدائنين على قاعـدة تقسيم الغرماء . ومعنى هذه القاعدة أن يأخذ كل دائن جزءاً من حاصـل أموال المدين بعدل نسبة دينه الى مجموع الديون . وان الغرماء متساوون مبدئياً في ذلك ، فليس لاحد منهم ، حتى ولا طالب الحجر نفسه ، من امتياز على غيره في شيء .

غير ان لهذا المبدأ مستثنيات ، وأهمها الآتية : -

اولا - يقدّم على سائر الديون المصروفات التي اقتضتها مصلحة الحجر ، كاجرة الحمّال والكيال ، وما أشبه [١] .

ثانياً - اذا كان الدين مؤمناً برهن ، فالدائن المرتهن يأخـد دينه من ثمن الرهن قبل غيره من الدائنين [٢] .

ثالثاً - في بعض الحالات يكون للدائن حق حبس ما في يده من مال المدين حتى يقبض حقه . مثاله للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن . وسنرى في باب مفاعيل الموجبات ان حق الحبس في الشريعة الاسلامية يعطي صاحبـــه امتيازاً على سائر الغرماء .

رابعاً - جاء في الحديث الشريف : « من أدرك ماله بعينه عند رجل او انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره » [٣] . فمن هـذا الحديث استنتج جمهور الفقهاء انه اذا وَجد أحـد الدائنين عين ماله عند المدين المفلس فان له ان يسترجعه ان شاء . وقد شذ عنهم ابو حنيفة وابن شبرمة ، فرفضا هذا الامتياز وقالا بان صاحب العين يكون في دينه أسوة الغرماء الباقين [٤] . وكذلك أثبت جمهور الفقهاء حق الفسخ هذا في غير البيع من عقود المعاوضة كالاجارة والسَّلَم ، فيكون للدائن في هـذه الاحوال امتياز على باقي الغرماء كما سنرى في باب فسخ العقود .

خامساً - في المذهب المالكي ، اذا أفلس او مات مستأجر الدابة او السفينة ،

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ١٠ ص ٢٠٩ .

(٢) المغني ، ج ٤ ص ٤٥٢ .

(٣) رواه البخاري ومسلم ، واخرجه ابو داود بلفظ مختلف . انظر شرح العيني على البخاري (ج ١٢ ص ٢٣٧) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣١) ، وشرحه للنووي(ج١٠ ص ٢٢١)، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٣١ و٣٥١٩ وما بعده) .

(٤) انظر المغني (ج ٤ ص ٤٥٦-٤٥٧)، وغيره من المراجع المذكورة في صدر هذا البند.

فان المؤجر يكون أحق من باقي الغرماء بما على المأجور من المتـــاع لاستيفاء ما يتوجب له من الاجرة . وايضاً اذا آجر أحد ارضاً فزرعهـــا المستأجر ثم أفلس ، فالمؤجر مقدم على باقي الغرماء في استيفاء الاجرة، ثم يقدم بعده حق ساقي الزرع ، ثم مرتهنه . ومثله اذا تسلم الصانع شيئاً فصنعه ثم أفلس صاحبه او مات ، فالصانع أحق بالشيء المصنوع لاستيفاء اجرته ان كان هذا الشيء لا يزال بيده [١] .

(١) انظر بدايـــة المجتهد لابن رشد الحفيـــد (ج ٢ ص ٢٤٠) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٩٦ — ١٩٧) .

البند الثامن

السكران

تحريم السكر وتعريفه

حرمت الشريعة الاسلامية السكر، لما فيه من آفات صحية واجتماعية. ونزلت فيه آيات التحريم تدريجياً [1]. فنزلت الآية الكريمة: «يسألونك عن الخمر والميسر [2]، قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس، واثمهما اكبر من نفعهما» [3]. ثم نزلت الآية: «يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون» [4]. واخيراً ورد النهي بالآية: «يا ايها الذين آمنوا، انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان، فاجتنبوه لعلكم تفلحون. انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة، فهل انتم منتهون» [5].

وكذلك ايّدت السنة هذا التحريم وفسّرته بالحديث الشريف: «كل شراب اسكر فهو حرام» [6]، وبنظائره من الاحاديث المتواترة الصحيحة.

---

(١) انظر سنن ابي داود (ج ٢ رقم ٣٦٧٠)، وكتاب الناسخ والمنسوخ لابي القاسم ابي النصر (طبع بمطبعة هندية، مصر، ١٣١٥ هـ، بهامش اسباب النزول للواحدي، ص ٧٢ ـ ٨٢).

(٢) القمار.

(٣) سورة البقرة (٢) ٢١٩.

(٤) النساء (٤) ٤٣.

(٥) المائدة (٥) ٩٠ ـ ٩١.

(٦) روي في الصحيحين وفي كتب السنن الاربعة وفي موطأ مالك ومسند احمد وغيرها. انظر شرح العيني على البخاري (ج ٣ ص ١٨١ و ج ٢١ ص ٧٠)، وصحيح مسلم (ج ٦ ص ٩٩)، والموطأ بشرح السيوطي (ج ٢ ص ١٧٩)، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٦٧٩ وما بعده)، والجامع الصغير (ج ٢ رقم ٦٣١٢).

وقد اختلف الفقهاء في تعريف السكران . فقال ابو حنيفة هو « من لا يعرف السماء من الارض ولا الطول من العرض ولا المرأة من الرجـــل » . وهو قول قاس صعب التطبيق ، لما يفترضه من زوال التمييز بالكلية .

ثم عرفه مالك بانه « من استوى عنده الحسن والقبيح » . وهذا ايضاً تعريف نظري فيه من الغموض بعض الشيء .

لذا كان تعريف باقي الائمة ، الشافعي وابن حنبل وصاحبي ابي حنيفة وأهـــل الظاهر وغيرهم ، أوفق وأوضح . فالسكران بعبارة الشافعي « هو الذي اختلط كلامه المنظوم وانفضح سره المكتوم » . أو هو بوجه عام من يخلط في كلامه على خلاف عادته ، فيأتي بما لا يعقل [1] .

اهلية السكران

لما كان العقل والتمييز أساس كل تكليف ، فقد اعتبر علماء اصول الفقـــه ان السكران الذي لا يعقل غير مكلف ، لان تكليف من لا يعقل تكليف ما لا يطاق [2] .

اما أهلية السكران في المعاملات ، فقد ذهب الفقهاء فيها مذاهب مختلفة ، وروي عن بعضهم فيها روايات متعددة متناقضة [3] .

فقال الحنفيون بوجه عام بان السكر بسبب محرم محظور لا تأثير له على الاهلية ، لان السكران شرب مختاراً ، وهو عالم بما يجر عليه الشرب من مفاسد . فاذن تصح عندهم تصرفاته وعقوده جميعاً ، الا في بعض المستثنيات ، كما لو سكر الوكيل

---

(١) فتح القدير (ج ٣ ص ٤٠) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (س ١٤١) ، ولابن نجيم (ص ١٢٤) ، والمغني (ج ٨ ص ٢٥٧) ، والمحلى (ج ١٠ رقم ١٩٦٨) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٧٤) .

(٢) المستصفى (ج ١ ص ٥٤) ، والاحكام للآمدي (ج ١ ص ٧٨) ، واعلام الموقعين (ج ٣ ص ٩٣) ، والابهاج شرح المنهاج (ج ١ ص ١٠٠) .

(٣) راجع في هذه المسألة : فتح القدير (ج ٣ ص ٤٠ ـ ٤٢) ، ومجمع الأنهر (ج ٢ ص ٢٩٠) ، وتكملة حاشية ابن عابدين (ج ٢ ص ١٨١) ، والام (ج ٣ ص ٢٠٩) ، والوجيز (ج ١ ص ٥٧) ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤٠ ـ ١٤١) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٤٣) ، والمغني (ج ٨ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٧) ، والمحلى (ج ١٠ رقم ١٩٦٨ ، وج ٩ رقم ١٥٢٢) .

بالبيع ، وباع فلا ينفذ البيع على موكله[١] . ولكن السكر بسبب مباح ، كالشرب للتداوي او بتأثير الاكراه او الضرورة ، هذا يجعل السكران بمنزلة المغمى عليه ، ويجعل تصرفاته من ثم غير معتبرة .

وقد قال برأي الحنفيين أيضاً أو برأي قريب منـــه بعض التابعين والفقهاء ، كسعيد بن المسيّب وعطاء والحسن البصري وابرهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد ومعاوية وأبن شبرمة والثوري والشافعي وأبن حنبل   حـــدى الروايتين عنهما والاوزاعي وغيرهم ، مع بعض الخلاف في التفصيل احياناً .

فاذن تصح تصرفات السكران وعقوده عند هؤلاء الفقهاء ، لا سيا عنـــد الحنفيين . لذا لم تذكر مجلة الاحكام العدلية السكر مع اسباب الحجر ولامع موانع الاهلية . وبهذا المعنى جاء في قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية المصري انه « يقع طلاق السكران الذي سكر بمحظور ، طائعـــاً مختاراً ، لا مكرهاً مضطراً » (المادة ٢١٨) .

وأنت ترى ان هذا القول فيه بعض القسوة والشدة . وهو فوق ذلك مخالف للقياس الذي جعل العقل والتمييز ركناً لكل عقد أو تصرف . فلا غرو اذن من ان نجد طائفة من الفقهاء المسلمين قد ذهبوا الى خلاف ذلك . فقـالوا بان تصرفات السكران غير لازمة ، لان العقل شرط في المعامـلات ، ولان السكران ليس من ذوي الالباب . بل انما هو كالمعتوه لا يعقل ما يفعل ، ولا يعلم ما يعقد عليه .

وبهذا قال الامامان الشافعي وابن حنبل في الرواية الثانيـــة عنهما ، وعمر بن عبد العزيز والقاسم بن محمد وطاوس وربيعة والليث بن سعـــد واسحاق بن راهويه وابو ثور وداود الظـــاهري والمزني وغيرهم . وقـــال به من الحنفيين الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة .

ونجد ايضاً قانون العائلة العثماني قد اتبع هذا القول في مسألة الطـلاق ، فنصّ على ان طلاق السكران غير معتبر (المادة ١٠٤) . فمنع بذلك ما كان يهدد العائلة احياناً من التفكك والفرقة ، ووضع حداً لما كان يجري من طـــلاق السكارى والفاسقين ، خلافاً لروح الشريعة الغراء التي جعلت الزواج نعمة مبنيـة على المودة والرحمة ، والتي أبت ان تُقطع هذه النعمة بالطلاق بلا سبب مبرر .

---

(١) راجع غيره من المستثنيات عند الحنفيين ، في الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٢٤ .

ولقد كان من الفقهاء من توسط بين المذهبين اللذين قدمنا، ومنهم الامام مالك. فهو وان رويت عنه روايات مختلفة، الا انه في المشهور من مذهبه اعتبر ان السكران تلزمه الجنايات والعتق والحدود، ولا تلزمه الاقرارات والعقود [١].

اما القوانين العصرية، فانها بوجه عام عدّت عقود السكران غير صحيحة اذا كان سكره تاماً، بحيث يفقد معه كل تمييز. وعلى هذا سار الرأي السائد اليوم في اجتهاد المحاكم وفي كتب الفقه في فرنسا [٢]. وكذلك في الشريعة الانكليزية، يعتبر العقد قابلاً للابطال اذا كان أحد العاقدين بحالة سكر شديد تجعله غير قادر معها على الفهم، وكان العاقد الآخر عالماً بهذه الحالة [٣].

ولا بدّ من التذكير أخيراً بما سبقت الاشارة اليه في باب السفيه من ان الادمان على السكر والفسق يوجب الحجر عند الشافعي، خلافاً للمجلة ولقول جمهور الفقهاء المسلمين، الذين لا يعتبرون الفسق سبباً للحجر بحدّ ذاته ان لم يرافقه التبذير او الاسراف او الغفلة. أما الاجتهاد الفرنسي، فقد ألحق المدمن على السكر بضعيف العقل إذا فسد تدبير هذا المدمن وعجز عن ادارة شؤونه، وجوّز لذلك نصب ناظر قضائي عليه لاجل مساعدته في بعض المعاملات والتصرفات. وكذلك نص القانون المدني الالماني على حجر المدمن في مثل هذه الحال [٤].

---

(١) شرح الحطاب في الموضع المذكور.

(٢) قاموس دالوز العملي، تحت كلمة عقود، رقم ٢٥٥ — ٢٥٦.
(R. P. D., V°. Contrats, 255 — 256)

(٣) آنسون، ص ١٤٢.

(٤) راجع ما ذكرناه عن هذه المسألة في بحث السفيه، والمادتين ٦ و ١١٤ من القانون المدني الالماني، والمادة ٩٦٣ من المجلة، وقاموس دالوز العملي تحت كلمة حجر رقم ٢١٦
(R. P. D., V° Interdiction, 216)

البند التاسع

الرق

الرق في الاسلام

كان الرق شائعاً عند الشعوب القديمة ومعروفاً في شرائعهم. وكان سببه الأول كثرة الغزوات والحروب، وما تستتبعه من استرقاق الاسرى. وكان فوق ذلك يتماشى مع النظم الاقتصادية القديمة، ومع نظر تلك الشعوب الى العمل كشيء مهين لا يليق الا بالارقاء.

ويشهد بذلك ما نراه من احكام الرق في الشرائع اليونانية والرومانية والعربية والاسلامية وغيرها. وقد كان للرقيق تجارة مخصوصة عند العرب في جاهليتهم وبعدها، واشتهرت اسواق هذه التجارة في بغداد في القرن العاشر وفي القاهرة بايام المماليك في منتصف القرن الثالث عشر للميلاد [1].

واهم اسباب الرق في الشريعة الاسلامية الاسر. فهو يجيز للامام فيما يجيزه له استرقاق الاسرى، ما خلا من اسلم منهم قبل اسره، اذ لا يجوز استرقاق المسلم بالاسر. ثم ان جمهور الفقهاء، مع اعتبارهم ان عتق الاسرى العرب افضل من استرقاقهم، افتوا بان حكم الاسر المنوه به يشمل هؤلاء كما يشمل العجم [2]. وان الشريعة الاسلامية، وان لم تمنع الرق، الا انها نظرت الى الرقيق نظرة عطف

---

(١) انظر كتاب هايد W. Heyd «تاريخ تجارة الشرق في القرون الوسطى»، الطبعة الفرنسية، (Histoire du Commerce au Levant au Moyen âge) ليزيغ سنة ١٩٢٣ (ج ٢ ص ٥٥٥ ـ ٥٦٣).

(٢) شرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ١٠٠ و ١٠٥)، والمغني (ج ١٠ ص ٤٠٠ ـ ٤٠٣).

واحسان ، فامرت بحسن معاملته [١] ، وعملت على تشجيع تحريره عن طريق العتق والمكاتبة والتدبير . ومعنى التدبير ان يعلق السيد تحرير عبده بوفاته ، بقوله لعبده مثلاً « أنت حر أو مدبّر بعد موتي » . ومعنى المكاتبة اتفاق السيد مع عبده على تحريره لقاء مبلغ من المال يؤدّى في أجل معين [٢] .

وقد جعلت الشريعة تحرير الرقـــاب أو الارقاء كفارة لكثير من الخطـــايا والذنوب . فهو مثلاً كفارة القتل في الآية الكريمة : « ومن قتل مؤمناً خطـــأ فتحرير رقبة مؤمنة » [٣] . وأيضاً هو كفارة اليمين في الآية : « لا يؤاخـــذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة ... » [٤] .

وان النبي (ص) حضّ الناس على العتـــاق . ففي الحديث الشريف : « من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته ان يُعتقه » [٥] . وفيه ايضاً : « ايمـــا امرىء مسلم أعتقَ امرءاً مسلماً استنقذ الله بكل عُضوٍ منه عضواً مـــن النـــار » [٦] . وايضاً : رجل نت له جارية فادّبها فاحسن تأديبها واعتقها وتزوجها فـــله أجران » [٧] .

وقد امر القرآن الكريم بالاحسان الى الرَقيق ، أو ما ملكت يمين المرء . فقال : « وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجُنُب والصاحب بالجَنْبِ وابن السبيل وما ملكت ايمانكم » [٨] . وجعل لهم نصيباً من الصدقات في الآية الكريمة : « انمـــا الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفـــةِ قلوبُهم وفي الرِقاب والغارمـين وفي سبيل الله وابن

---

(١) احياء علوم الدين للغزالي ، ج ٢ ص ١٩٥ – ١٩٧ .

(٢) المغني ، ج ١٢ ص ٢٣٣ و ٣٠٧ و ٣٣٨ .

(٣) سورة النساء (٤) ٩٢ .

(٤) المائدة (٥) ٨٩ .

(٥) اخرجه مسلم واحمد وابو داود . انظر صحيح مسلم (ج ٥ ص ٩٠) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٥١٦٨) ، والفتح الكبير (ج ٣ ص ٢٣٧) .

(٦) انظر صحيح مسلم (ج ٤ ص ٢١٨) ،وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٣٩٦٤) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ١ رقم ٢٩٩١) .

(٧) شرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ١٠٨) ، والجامع الصغير (ج ١ رقم ٢٩٩٧) .

(٨) سورة النساء (٤) ٣٦ .

السبيل »[١] .

أضف الى ذلك ما أمرَ به النبي (ص) من وجوب معاشرة الارقاء بالرفق ، ومعاملتهم بالحسنى ، ومساواتهم في الطعام والكسوة . فقال : « ... لا يقل احدكم عبدي امتي وليقل فتاي وفتاتي وغلامي »[٢] . « للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلّف من العمل إلاّ ما يطيق »[٣] . « ... فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم »[٤] .

وقد كان للرق قديماً أهمية عملية كبرى . غير ان هذه الاهمية تلاشت شيئاً فشيئاً ، بتأثير الحضارة ومبادىء الحرية . وهكذا الغي الرق ، وحرمت تجارته في الدساتير والقوانين والمعاهدات الدولية ، كتصريح مؤتمر فينا عام ١٨١٥ وغيره[٥] . فاصبحت الفائدة من بحث الرق ضئيلة ، بل لم يعد في الواقع الا بحثاً تاريخياً . فلهذا كله نكتفي ههنا من هذا البحث الوسيع بدراسة سريعة عن الرقيق من ناحية اهليته للتعاقد .

فنترك جانباً في بادىء الامر اهلية الرقيق في التصرفات الفعلية ، وما يلحقه من حدّ أو قصاص أو ضمان ، لأن ذلك مر معنا سابقاً . ونترك جانباً ايضاً اهليته في الاحوال الشخصية ، ولا نقول فيها الا ان الرقيق بوجه عام اهل للزواج بشرط موافقة سيده ، وأهل للطلاق ايضاً[٦] .

أما من ناحية اهلية التعاقد في المسائل المالية ، فيجب التفصيل بين الرقيق المأذون وغير المأذون . ولا بد قبل بحث ذلك من كلمة موجزة في أهلية الرقيق

---

(١) التوبة (٩) ٦٠ .

(٢) هو تتمة الحديث الوارد في البخاري : « لا يقل احدكم اطعم ربك وضيء ربك اسق ربك وليقل سيدي مولاي الخ .. » شرح العيني (ج ١٣ ص ١١٢) .

(٣) صحيح مسلم (ج ٥ ص ٩٤) ، والجامع الصغير (ج ٢ رقم ٧٣٥٠) .

(٤) صحيح مسلم (ج ٥ ص ٩٣) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ١٠٧) ، وسنن ابي داود (ج ٤ رقم ٥١٥٨) .

(٥) انظر مجموعة القضايا الدولية تأليف بيت كوبت ، طبع لندن ، سنة ١٩٣١ ، ج ١ رقم ١٤١ : Pitt Cobbett's Cases on International Law

(٦) الوجيز (ج ١ ص ١٥٢) ، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٨٠) ، وجامع احكام الصغار (بهامش جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٩٩) .

التملك [١] .

اهلية التملك

اتفق جمهور الفقهاء وأئمة المذاهب الاسلامية على ان العبد سلعة من السلع لا يملك شيئاً ، بل ان ما يملكه يكون لسيده كبهيمته ، وانه لا يرث ولا يورث أصلاً . ولكن اتباع المذهب الظاهري قالوا بعكس ذلك ، وبان العبد كالحر في التملك ما لم ينتزع سيده ماله .

ثم اختلف جمهور الفقهاء في مسألة أخرى ، وهي : هل يملك العبد ما يملّكه سيّده اياه ؟ قال ابو حنيفة والشافعي في مذهبه الجديد وابن حنبل في الرواية المشهورة عنه والثوري واسحق بان العبد لا يملك ان ملّكه سيّده شيئاً . وقال بجواز تمليكه مالك والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في الرواية الثانية عنه .

وانت ترى على الجملة ان الآراء متضاربة في المسألة . فبعضهم أعطى الرقيق حرية التملك كاملة ، وبعضهم حجبها عنه كاملة ، وبعضهم توسط بين اولئك وهؤلاء .

اهلية التعاقد

ذهب أهل الظاهر هنا ايضاً مذهباً مخالفاً لمذهب باقي الفقهاء . فقالوا بان العبد كالحر في جواز صدقته وهبته وبيعه وشرائه . وحجتهم في ذلك ان النصوص لم تفرق في كل ذلك بين الحر والعبد ، « فالتفريق بينهما خطأ الا حيث جاء النص بالفرق بينهما » .

غير ان باقي الفقهاء لم يقبلوا بهذا الرأي . فقالوا بان العبد محجور عليه في الاصل

---

(١) انظر في هذا البحث : الهداية (ج ٤ ص ١ ـ ٧) ، والهندية (ج ٥ ص ٧٢ وما بعدها) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٥٤٥) ، وجامع احكام الصغار في الموضع المذكور ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٩٢ وما بعدها) ، وشرح الحطاب وبهامشه المواق على سيدي خليل (ج ٥ ص ٧٥ وما بعدها) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢١٠) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٩٠ ـ ٢٩١) ، والوجيز (ج ١ ص ١٥١ ـ ١٥٢) ، وشرحه فتح العزيز (ج ٩ ص ١١٨ ـ ١٤٨) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٥٦ و ٢٩٧ ـ ٢٩٨) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٧٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٣٩٨) .

وفصلوا لجهة أهلية التعاقد بين العبد المأذون وغير المأذون .

اولاً – العبد غير المأذون .

اختلف الفقهاء فيما يجوز لهذا العبد اجراؤه وما لا يجوز. ولكن الرأي السائد عندهم لا يسوّغ له ان يتصرف بما يضرّ سيّده الا بأذنه . وكذلك يشترط اذن السيد في الاصل لصحة عقود المعاوضة ، كالبيع والشراء . وعند عدم الاذن ، قال بعضهم ببطلان التصرف ، وقال آخرون بانه ينعقد موقوفاً على اجازة السيّد ، يصح وينفذ باجازته ، ويبطل بعدم الاجازة .

أما التصرفات المفيدة ، كقبول الهبة والوصية ، فهي صحيحة في الرأي السائد . ولكن يدخل ما يكسبه العبد منها في ملك سيده .

ثانياً – العبد المأذون .

للسيد ان يأذن عبده بتعاطي التجارة . ويكون الاذن مقيداً بالنوع المأذون به عند الشافعي وابن حنبل . أما عند أبي حنيفة ومالك ، فان الحجر لا يتجزأ ، فاذا زال بعضه زال كله . فعليه اذا أذن السيد للعبد في نوع من التجارة ، كان هذا مأذوناً في جميعها . وعند بعض الفقهاء ينتج الاذن احياناً دلالة من سكوت السيّد ، كما أوضحنا آنفاً في بحث الصغير المأذون .

وبوجه عام ، للمأذون ان يتعاطى جميع العقود والتصرفات الداخلة تحت الاذن بالتجارة ، كالبيع والشراء . وليس له ان يتعاطى عقود التبرع ، كالهبة والصدقة وما اليهما . وعلى كل يسوغ للسيد متى شاء ان يرفع عنه الاذن ويحجر على العبد مجدّداً .

أما ديون العبد ، فانها تقضى من ماله ، إن له مال . وان لم يفِ ماله بديونه ، فقد اختلفت المذاهب ، ورويت في المذهب الواحد روايات متعددة . فمن الفقهاء من قال بان الباقي يضمنه السيد اذا كان قد اذن عبده بالتجارة . ومنهم من قال بان هذا الباقي يتعلق برقبة العبد ، يباع فيها اذا طلب الغرماء ذلك . ومنهم من قال اخيراً بان الباقي يتعلق بذمة العبد ، يتبع به اذا اعتق وأيسر . ونحن لا نرى المجال كافياً لتفصيل كل ذلك .

والخلاصة ان الرقيق غير المأذون محجور عليه في الاصل ، لا تجوز تصرفاته بغير رضى المولى . وان الرقيق المأذون ، على العكس ، اهل لمعاطاة جميع ما يتعلق بالاذن من التصرفات والعقود .

الفصل السابع

شوائب الرضى

البنـــد الاول

الغلط او الجهل

تمهيد

ان رضى المتعاقدين ركن أساسي لكل عقد . وينبغي له ان يكون صافيـــاً خالياً من الشوائب أو العيوب ، اي من العوارض التي تؤثر فيه وتعيبه .

ومن شوائب الرضى عدم الاهلية اذا كان سببها انتفـــاء العقل او التمييز ، كصغر السن والجنون والعته وما أشبه . وأهم الشوائب الباقية هي الغلط والتغرير والغبن والاكراه . ونحن نتكلم عن الغلط في هـــذا البند ، على ان نتكلم عن الشوائب الاخرى في البنود الآتية .

ان الشريعة الاسلامية بوجه عام أساسها القاعدة الكلية انمـا الاعمال بالنيات . فالنية بلا ريب ترتفع بمجال الخطأ والنسيان . ففي الآية الكريمة : « ربّنا لا تؤاخذنا إنْ نسينا او أخطأنا » [1] . « وليس عليكم جناح فيما اخطـــأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم » [2] . وبمعناه جاء في الحديث الشريف ، « ان الله تعالى تجاوز لي عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » [3] .

---

(١) البقرة (٢) ٢٨٦ .

(٢) الاحزاب (٣٣) ٥ .

(٣) اخرجه ابن ماجه والطبراني والحاكم وغيرهم . انظر الجامع الصغير للسيوطي ، ج ١ رقم ١٧٠٥ و ٤٤٦١ .

والخطأ هو نقيض العمد . وقد استعمل ايضاً بمعنى الجهل والغلط ، لما في جميعها من عدم النية والرضى . أما النسيان ، فهو الجهل الطارىء . وكلاهما ، أي الخطأ والنسيان ، في حكم واحد عند علماء أصول الفقه . وهذا الحكم خلافي ، ولكن الرأي المختار بعدّهما من الاعذار المقبولة في حقوق الله ، اي في العبادات والعقوبات ، ولا بعدّهما كذلك في حقوق العباد . فلذا رأينا ان القتل خطأ لا يوجب العقوبة والقصاص في الشرع الاسلامي، ولكنه يوجب الدية . وكذلك رأينا في الاتلاف خطأ ان المتلف يكون ضامناً [١] .

وهنا لا بدّ من كلمة في مسألة جهل القانون . فمن المبادىء المعروفة اليوم انه : « لا يفترض في أحد ان يجهل القانون » [٢] . وبمعناه جاء في القواعد الكلية الاسلامية ان « الجهل بالاحكام الشرعية في دار الاسلام ليس بعذر » [٣] .

غير ان هذه القاعدة لا يجوز ان تؤخذ على اطلاقها ، بل يجب ان تحصر في الاحوال التي لا شبهة فيها . وان « ضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة ، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه » [٤] . فعليه « كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يقبل » [٥] .

ولسنا نعود الى احكام الخطأ والجهل في التصرفات الفعلية ، بل نحصر بحثنا الآن في الجهل أو الغلط في التصرفات القولية بوجه عام ، ثم في العقود بوجه خاص .

الجهل في التصرفات القولية

قدّمنا ان النية أساس لكل تصرف . فهي بطبيعتها وتعريفها تستوجب العلم الكافي بما تقع عليه ، وتتعارض مع عدم العلم او الجهل .

والجهل هو « عدم العلم عما من شأنه العلم » . واذا قارن الجهل اعتقاد النقيض

---

(١) شرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ٨٧ — ٨٨) ، وأصول الفقه للخضري (ص ١١٩ و ١٣١) .

(٢) Nemo jus ignorare censetur

(٣) المجامع وشرحه المنافع ص ٣١٨ .

(٤) الفروق للقرافي (ج ٢ ص ١٥٠) ، والبهجة في شرح التحفة (ج ٢ ص ٧٥) .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٣٢) .انظر ايضاً المجامع وشرحه المنافع (ص ٢٩٢ — ٢٩٤) .

فهو مركب [١] . ومعنى ذلك ان الجهل اذا كان مرتبطاً بظن معاكس ، فهو ما يسمونه الغلط . وتعريف الغلط والجهل المركب هو « الشعور بالشيء على خلاف ما هو » [٢] ، أو هو الظن الخطيء أو التصور المنافي للصواب .

وان الفقهاء ، وان لم يدرسوا الغلط بصورة عامة في العقود كعيب في الرضى ، الا انهم نظروا اليه من ناحية الجهل النافي للنية الحقيقية ، واعتبروه سبباً لابطال التصرفات في كثير من الاحوال والمسائل . وهكذا يكون الغلط نوعاً من الجهل، ولا بدّ لاجل تفهمه من دراسته مع الجهل بوجه عام .

ولقد مرت معنا القاعدة العامة ، المأخوذة عن الاشباه والنظائر ، والقائلة : « لا عبرة بالظن البين خطؤه » [٣] . وينتج منها انه لا عبرة بما بني على الغلط في التصرفات القولية . فلو ظنّ أحد أنّ عليه ديناً لآخر فدفعه اليه ، ثم تبين انه مخطيء في ظنه ، فله استرداد ما دفعه [٤] . وبكلمة ان له إبطال الدفع المبني على هذا الغلط .

ومثل آخر . قال قاضيخان :لو بلغ الورثة « ان اباهم اوصى بوصايا ، ولايعلمون ما أوصى به ، فقالوا قد اجزنا ما اوصى به ... لا تصح اجازتهم ، وانما تصح ... اذا أجازوابعد العلم »[٥] .

ولقد اختلف في حكم الخطأ او الجهل في بعض التصرفات ، كالطلاق والعتاق . فبعض الفقهاء ، كالامام الشافعي ، قالوا بان الناسي والمخطيء لا يصح طلاقهما ولا عتاقهما ، لانه لا اختيار لهما . وبعضهم ، كالحنفيين مثلاً ، قالوا بصحة ذلك [٦] .

امثلة من الجهل في العقود

ان الغلط الواقع على موضوع العقد يقسم الى قسمين : فاما ان يقع على جنس

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٢١ .
(٢) الاشباه والنظائر في الموضع المذكور .
(٣) المادة ٧٢ من المجلة . راجع الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٩٥ .
(٤) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠٦) ،ولابن نجيم (ص ٦٣).
(٥) الفتاوى الخانية ، بهامش الهندية ، ج ٣ ص ٥٤٤ .
(٦) شرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ٨٧ — ٨٨) ، والاشباه لابن نجيم (ص ١٨) .

المعقود عليه او على صفاته الاصلية . وهاك ايضاح ذلك مع الامثلة :-

اولا - الغلط في جنس المعقود عليه .

مثاله «لو باع (أحـد) فصاً على انه ياقوت ، فاذا هو زجاج ، او اشار الى مملوك فقال بعتك هـذا الغلام فاذا هو جارية ، كان البيع باطلاً ، لانهما جنسان مختلفان »[١] . وبمعناه جاء في المجلة : « اذا باع (أحد) شيئاً وبيّن جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع . فلو باع زجاجاً على انه الماس بطل البيع » (المادة ٢٠٨) . وكذلك يبطل البيع لاختلاف الجنس اذا اشترى أحد بذراً على انه بذر بطيخ فظهر انه بذر قثـاء[٢] ، او لو اشترى ثوباً على انه نيسابوري فاذا هو بخاري[٣] .

وقريب منه ما جاء في المذهب المالكي ان الغلط في ذات البيع يكون سبباً لابطال العقد ، ان لم يسمّ المبيع باسمه عند العقد . مثلاً لو باع أحد شيئاً باسم ياقوتة فاذا هو حجر فان لمشتريه ردّه ، لان تسميته لم تكن صحيحة . ومثله لو قال أحد لآخر بعني ثوباً مروياً بدينار ، فأخرج له ثوباً اعطاه اياه ، ثم وجده من اثمان أربعة دنانير ، فان للبائع الفسخ واسترداد الثوب . وكذلك لو اشترى أحد قرطاً دون تسميته قرطاً يظنه ذهباً ، فوجده نحاساً فان له الرد[٤] .

ففي جميع هذه الامثلة ، وما اليها ، اختلف الجنس في الواقع عن الجنس الذي كان في ظن المشتري ، فوجد الغلط ، وبطل العقد بسببه .

ثانياً - الغلط في الوصف المرغوب .

يوضح ذلك ما ورد في المجلة ايضاً انه : « اذا باع (أحد) مالاً بوصف مرغوب ، فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف ، كان المشتري مخـيراً ، ان شاء فسخ المبيع وان شاء أخذه بجميع الثمن المسمّى . ويسمى هـذا الخيار خيار الوصف . مثلاً لو باع بقرة على انها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، يكون المشتري مخيراً . وكذلك لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر ، فظهر أصفر ، يخير المشتري » (المادة ٣١٠) .

---

(١) الفتاوى الخانية (ج ٢ ص ١٠٤) . انظر تأثير الغلط في بيع المرابحـة ، واختلاف المذاهب في حكمه ، في المغني (ج ٤ ص ٢٦٤) .

(٢) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٣٥١ .

(٣) الهندية ، ج ٣ ص ١٩٦ .

(٤) شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٤٦٦) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٦٢) .

فواضح هنا ان الوصف المعتبر هو الوصف المرغوب او الصفة الاصلية المفيدة ، لا أيّ وصف كان .

ولا بدّ من الملاحظة أننا نتكلم الآن عن الغلط وحـــده ، بصرف النظر عن التغرير الذي يمكن أن يسببه او يلابسه ، والذي هو عيب مستقل ، سيأتي حكمه في البند القادم .

والخلاصة ان الغلط اذا وقع على جنس المعقود عليه يجعل العقد باطـلاً ، واذا وقع عـلى صفات المعقود عليه المرغوبة كان العقد قابلا للابطال [١] . ولكن ينبغي لذلك أن يكون الجنس والصفات مشروطة في العقد ، لانه يستبان من القاعـــدة الكلية « لا عبرة بالظن البين خطوه » ان الخطأ يجب أن يكون بيناً ظاهراً .

انما لا يتحتم ان يكون الشرط في ذلك صريحاً ، بل يكفي ان يكون بالدلالة . فلذا في البيع مثلاً ، كما تكون الاوصاف المرغوبة في المبيع مشروطة صراحـــة ، كذلك تكون ايضاً مستنتجة من دلالة العادة [٢] .

وشبيه بذلك ما ورد في قانون الموجبات اللبناني من ان العقد يعـــدّ كأنه لم يكن اذا كان فيه غلط في حقيقة الموضوع ، ومن انه قابل للابطال اذا كان الغلط يتناول صفات الشيء الجوهرية وكانت هذه الصفات داخلة في الاشتراط .

وكذلك نص القانون اللبناني على ان العقد يعدّ ايضاً كأنه لم يكن اذا وقع غلط على ماهيته ، ويعد قابلاً للابطال اذا كان الغلط واقعاً على هوية الشخص أو على صفاته الجوهرية في العقود المنظور في انشائها الى شخص المتعاقد كالهبة ، ومـــا اشبه [٣] . ونعتقد ان ذلك موافق للقاعـــدة « لا عبرة بالظن البين خطوه » التي قدمناها .

اما الغلط الواقع على قيمة الاشياء المعقود عليها ، فهو داخل في بحث الغبن [٤] . وسيأتي بيانه قريباً .

---

(١) مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ، المادة ٣٠١ .
(٢) البدائع (ج ٥ ص ٢٧٥) ، والبحر (ج ٦ ص ٢٦) .
(٣) انظر المواد ٢٠٣ ـ ٢٠٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .
(٤) الفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٢٥١) ، وشرح الحطاب (ج ٤ ص ٤٦٧) .

الجهل في بعض الخيارات

الخيارات جمع خيار . وهو الحق المعطى لأحد المتعاقدين في بعض الاحوال بان يختار فسخ العقد او ابقاءه . ولا ريب في ان تعليل بعض الخيارات مبني على وجود الجهل في العقد الذي تتعلق به . ولقد مرّ معنا تفسير خيار الوصف ، ولا بأس ههنا بكلمة مختصرة في معنى خيار الرؤية وخيار العيب وخيار تفريق الصفقة .

اولا — خيار الرؤية في بعض العقود .

وهو الحق الذي يكون لمن تعاقد على شيء لم يرَه او لا يعرفه بان يختار عند رؤيته اما ان يفسخ العقد او ان يقبل به .

مثاله قالت المجلة في البيع : « من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار الى ان يراه . فاذا رآه ان شاء قبله ، وان شاء فسخ البيع . ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية » (المادة ٣٢٠) .

وخيار الرؤية قال به الحنفيون وابن حنبل في احدى الروايتين عنه . وقال الشافعي بعدم جوازه وبعدم صحة بيع العين الغائبة . اما مالك فقد جوز بيعها بعد وصفها ، او اذا كان المشتري قد رآها سابقاً [١] .

وليس خيار الرؤية مختصاً بالشراء . فعند الحنفيين يثبت هذا الخيار ايضاً في القسمة ، والصلح ، واجارة الاشياء ، واجارة العمل اذا كان العمل يختلف ذاتاً باختلاف المحلّ [٢] .

ثانياً — خيار العيب .

« العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة » (المادة ٣٣٨) . واذا وجد العيب في المبيع كان المشتري مخيراً في المذهبين الحنفي والشافعي ، اما بفسخ العقد ورد المبيع او بابقائه بجميع الثمن . ولا يسوغ في هذين المذهبين في الاصل ان يمسك المشتري المبيع ويرجع على البائع بنقصان الثمن الا برضاه ، خلافاً لابن حنبل الذي جوّز ذلك . أما مالك فقد أخذ برأي وسط فيه تفصيل لا مجال

---

(١) الام (ج ٣ ص ١٨) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٦) ، والمغني (ج ٤ ص ٧٤) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٥٦) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٢٧).

(٢) البحر (ج ٦ ص ٢٦) ، والمواد ٥٠٩-٥١٢ من المجلة ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ٣٣٤) .

لذكره [١] .

والمهم ان إبطال العقد او خيار الفسخ ههنا بني على الجهل الموجود في العقد . فعليه يشترط في خيار العيب ان لا يكون المشتري عالماً بالعيب قبل الشراء . فلو كان عالماً به او كان العيب ظاهراً ، فلا مجال للخيار لعدم تصور الغلط النافي للرضى.

ولا يثبت خيار العيب في البيع فحسب ، بل هو يثبت ايضاً في الاجارة والشفعة والقسمة والصلح وغيرها من عقود المعاوضة [٢] . ومعنى العيب بصورة عامة ما يفوّت الغاية المقصودة من العقد او ما يخلّ بها [٣] .

ثالثاً — خيار تفريق الصفقة في البيع .

في المجلة ، لو اشترى أحد شيئاً من الاشياء المعروفة بالمقدّرات ، أي الموزونات والمكيلات والعدديات والمذروعات ، ثم ظهر المبيع عند التسليم ناقصاً ، فللمشتري ما يسمونه خيار تفريق الصفقة . وهو الخيار بان يفسخ البيع او ان يقبل به .

واذا اختار قبول العقد وابقاءه ، فان له الحق بطلب الحطّ من الثمن بقدر نقصان المبيع في الاحوال التي يكون فيها الثمن مفصلاً لافراد المبيع واجزائه ، او في الاحوال التي يكون فيها المبيع قابلاً للتبعيض و التجزئة بدون ضرر ، كالمكيلات والعدديات المتقاربة وبعض الموزونات والمذروعات [٤] .

فهذا الخيار ايضاً كما ترى مبني غالباً على وجود الغلط في حقيقة مقدار المبيع . ويكون هذا الغلط سبباً لطلب ابطال البيع .

---

(١) انظر المهذب (ج ١ ص ٢٨٢) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٩٨—٩٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٦٧) ، والمغني (ج٤ ص ٢٤٠) ، والروض المربع (ج٢ ص ٢٣) .

(٢) انظر المواد ٥١٣ و١٠٣٧ و١١٥٤ و١١٥٥ و١٥٤٨ من المجلة ، وجامع الفصولين (ج ١ ص ٣٣٩—٣٤٠) .

(٣) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٩)، والمادة ٥١٤ من المجلة .

(٤) راجع تفصيل ذاك في المجلة (المواد ٢٢٣—٢٢٨) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ١٤٧ — ١٤٩) . انظر ايضاً القواعد لابن رجب (ص ٤٢١ وما بعدها) .

البند الثاني

التغرير

تمهيد

ان التجارة والمعاملات الاقتصادية اساسها المزاحمة، وما تستتبعه من الوسائل التي ترمي الى ترويج العرض واستجلاب الطلب. ولقد اصبحت هذه الوسائل من الامور الضرورية في تجارة اليوم، كما نرى في الاعلانات المختلفة وغيرها من طرق التفنن في التشويق والترغيب. ولا يخفى ما في ذلك احياناً من الوان الكذب وضروب الحيلة.

غير ان هذه الوسائل كثيراً ما تتخطى حدودها المعروفة في العرف التجاري، وتجاوز الطرق الاقتصادية المشروعة، فتتخذ صفة الخداع والتغرير، ويكون لها أثرها في ابطال العقود التي بنيت عليها أو في تضمين الخادع ما يسببه فعله من الضرر للناس. هذا الى ما في الغش من تحريم، على ما جاء في الحديث الشريف «ليس منا من غش»[1].

ومعنى التغرير لغة الخداع. وقد عرفته المجلة في باب البيع بانه «توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية» (المادة ١٦٤). وهو يعدّ من شوائب الرضى، لما يدخله في ذهن المغرور من الجهل والغلط.

ولا ريب في ان التغرير اغلب ما يكون في البيوع. فلذا نجد المجلة ومعظم كتب الفقه بحثت فيه مع عقد البيع. ولذا ايضاً نرى معظم امثلته مأخوذة عن هذا العقد. ونحن نسعى ههنا لاستخلاص المبادىء العامة من كل ذلك على قدر الامكان.

---

(١) اخرجه احمد وابو داود وابن ماجه والحاكم وغيرهم. انظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٥٢)، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٧٦٨٧).

ويكون التغرير تارة سبباً لابطال العقد ، وتارة سبباً للضمان أو التعويض ، وتارة أخرى لا تأثير له على الاطلاق . ولا بد للتغرير حتى يكون سبباً لابطال العقد من أن يستوفي بعض الشروط لجهة صلة الغار بالمغرور ، ولجهة صفة التغرير وظروفه . وهاك ايضاح هذه الشروط .

صفة التغرير وظروفه

ان التغرير على قسمين : فعلي وقولي . فالتغرير الفعلي هو ما كان الغش فيه ناتجاً عن فعل او تدليس ، كصبغ الثوب القديم ليظهر انه جديد ، او كبيع ما ما يسمّونه المصرّاة .

ومعنى المصرّاة ، بعبارة البخاري ، « التي صرّي لبنها وحقن فيه وجمع فلم يحلب أياما » . وبكلمة أخرى بيع المصراة هو بيع الابل او البقر او الغنم التي حبس لبنها مدة دون حلب ، حتى اذا رآها المشتري استغزر لبنها واغترّ بها ، واشتراها بتأثير هذا التغرير .

فهذا التغرير الفعلي نهى عنه النبي (ص) بالحديث الشريف : « لا تصُرّوا الأبل والغنم . فمن ابتاعها بعد ، فانه بخير النظرين بين ان يحتلبها ان شاء امسك وان شاء ردها وصاعَ تمر »[1] . وقد استند جمهور الفقهاء ، مالك والشافعي وابن حنبل وابو يوسف وغيرهم الى هذا الحديث ، وقالوا بان مشتري المصراة له الخيار بفسخ البيع مع رد صاع من التمر . ويسمّى هذا خيار التدليس . ولكن ابا حنيفة ومحمداً قالا بان ليس للمشتري الرد ، بل له الرجوع على البائع بفرق الثمن ليس الا . وقولهما هو المختار للفتوى عند الحنفيين[2] .

---

(١) اخرجه البخاري ، ورواه مسلم وابو داود ومالك وغيرهم بعبارة مختلفة . انظر البخاري بشرح العيني (ج ١١ ص ٢٦٩) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٤ـ٦) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٤٣ وما بعده) ، والموطأ بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٣٩) .

(٢) رد المحتار على الدر المختار (ج ٤ ص ١٣٣) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٨٠) ، والمدونة الكبرى (ج ١٠ ص ١١٨ و١٣٢ وما بعدها) ، وشرح سيدي خليل للحطاب وبهامشه المواق (ج ٤ ص ٤٣٧ـ٤٣٨) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٣٣) ، والشرح الكبير (بذيل المغني ج ٤ ص ٨٠) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٧٠) ، وشرح مسلم للنووي (ج ١٠ ص ١٦٧) .

وشبيه بحكم التغرير الفعلي او التدليس كتم العيوب الموجودة في المعقود عليه وعدم اظهارها للعاقد الآخر . وهذا الكتمان يعطي المخدوع خيار العيب . وقد مرّ معنا ايضاحه في البند السابق ، بمناسبة الكلام على العيب الخالي من التغرير ، حيث اوضحنا خلاف المذاهب فيه ، وبيان العقود التي يكون فيها . ويشترط لابطال العقد بخيار العيب ان يكون العيب فاحشاً في المذهب المالكي ، خلافاً للحنفيين وغيرهم . فعندهم يكفي لذلك العيب اليسير [١] .

فاذا كان خيار التدليس والعيب سبباً للفسخ عند جمهور الفقهاء ، فان التغرير القولي الذي ينتج من القول فقط لا يكون كذلك الا اذا رافقه الغبن الفاحش بالمعنى الذي نعرّفه في البند الآتي . مثاله ، قالت المجلة في البيع انه : « اذا غرّ أحد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ » (المادة ٣٥٧) .

اما اذا كان التغرير القولي بدون غبن فاحش فلا تأثير له في الاصل على صحة العقد . غير ان لهذه القاعدة مستثنيات في بيع المرابحة ونظائره . ففي هذه البيوع يكفي الغش بدون غبن فاحش لطلب فسخ العقد في بعض المذاهب .

وبيع المرابحة هو بيع الشيء برأس المال مع ضم ربح معين متفق عليه . ويقرب منه بيع الوضيعة والتولية . فالوضيعة بيع بالثمن الذي صار الشيء به على البائع مع نقصان معلوم . والتولية بيع برأس المال دون زيادة ولا نقصان .

وان هذه البيوع جميعاً مبنية على الامانة ، لما فيها من اعتماد المشتري على صدق البائع لجهة بيان رأس المال وما يلحقه من الزوائد او ما يتعلق به من العيوب والتفصيلات . فاذا كذب البائع فيها ، او أخفى ما وجب عليه اظهاره ، عدّ خائناً وسمي عمله خيانة .

وان هذه الخيانة ضرب من التغرير والغش . وقد اختلف الفقهاء في حكمها . ففي المذهب الحنفي للمشتري حق خيار الخيانة ، اي انه ان شاء فسخ المبيع ، وان شاء اجازه وقبله بجميع الثمن المسمى . وهذا الخيار قال به محمد بن الحسن في المرابحة والتولية ، خلافاً لابي يوسف الذي أعطى المشتري حق طلب حطّ الزيادة فيها . اما الامام ابو حنيفة فقال بقول محمد في المرابحة ، وبقول ابي يوسف في التولية .

---

(١) القوانين الفقهية (ص ٢٦٧) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢١٢) .

وكذلك أجاز الامام مالك للمشتري ان يطلب ابطال البيع بخيار الخيانة ، الا اذا عرض عليه البائع ان يبيعـــه الشيء بثمنه الحقيقي ، فعندئذ لا يسوغ له فسخ العقـــد .

اما الامامان ابن حنبل والشافعي في أحد قوليه ، فانهما لم يعطيا المشتري خيار الفسخ بل ليس له عندهما الا طلب حط الزيادة التي كذب فيها البائع [١] .

صلة الغار بالمغرور

يشترط في التغرير ليعيب الرضى ويؤدي الى ابطال العقد ، أن يكون صادراً عن أحد المتعاقدين . ومؤثراً في العاقد الآخر ، واليك تفسير ذلك : —

أولاً — يجب ان يكون العقد قد حصل بتأثير الخداع . مثاله لو كان المشتري غبياً لا خبرة له ، فخدعه البائع بتوصيف المبيع باكثر من ثمنـــه ، فاشتراه الاول « مغتراً بقوله » ، أي مدفوعاً بتغريره ، كان العقد قابلاً للابطـــال بشرط الغبن الفاحش [٢] .

ثانياً — يشترط في التغرير حتى يكون سبباً للفسخ ان يكون صادراً من العاقد الآخر . فعليه لو كان المشتري قد غرره رجل اجنبي غير العاقد الآخر وغير الدلال ، فلا يثبت له حق الفسخ [٣] .

ولكن لهذا الشرط استثناء عند بعض الفقهاء فيما يسمونه بيع النَّجْش [٤] . وهو ان يزيد اجنبي في السلعة المعروضة للبيع ، لا لرغبة في شرائها ، بل بقصد اغلاء الثمن وتغرير المشتري ليزيد ويشتريها . فهذا لا بأس به اذا كانت السلعـة لم تبلغ قيمتها بعد . ولكن النجش اذا كان بقصد الزيادة على قيمة المبيع فهو محرم بالحديث

---

(١) انظر هذه المسألة : المبسوط (ج ١٣ ص ٧٨) ، والبحر (ج ٦ ص ١١٠) ، والدر المختار (ج٢ ص ٢٤٤) ، ورد المحتار (ج٤ ص ٢١٥) ، والفتاوى الهندية (ج٣ ص٢١٦) ، والام (ج ٣ ص ٨٣) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٨١) ، وشرح المواق (بهامش الحطاب ج ٤ ص ٤٩١) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٦٣) ، وبداية المجتهـد (ج ٢ ص ١٧٦) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٦٠) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ١٠٠) .

(٢) غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر للحموي ، ج ٢ ص ١٩٥ .

(٣) رد المحتار ، ج ٤ ص ٢٢٠ .

(٤) بفتح النون وسكون الجيم .

الشريف : « ولا تناجشوا » [١] .

أما مسألة صحة هذا البيع ، فقد اختلفت المذاهب فيها . ففي مذهب أبي حنيفة ومذهب الشافعي في أحد قوليه ، وان كان بيع النجش مكروهاً ، إلا انه صحيح . وعلى عكسه اعتبر المذهب الظاهري هذا البيع باطلاً بسبب الغش ، واعطى المشتري خيار فسخه . أما عند مالك وابن حنبل والشافعي في قوله الثاني ، فللمشتري الخيار بفسخ البيع اذا كان النجش قد جرى بعلم البائع ومواطأته [٢] .

التغرير سبب للضمان

قدمنا الاحوال التي يكون فيها الغش والتغرير سبباً لابطال العقد الذي جرى تحت تأثيره . غير انه توجد احوال اخرى ، وان لم يكن التغرير فيها سبباً للابطال ، الا انه يكون سبباً لالزام الغار بتعويض المغرور من الضرر الذي لحق به من جرائه .

ولقد مر معنا من هذه الاحوال امثلة في البيع اذا وجد فيه التدليس او كتمان العيب أو ظهور الخيانة . ففي تلك الامثلة رأينا ان بعض الفقهاء منعوا عن المغرور خيار الفسخ ، واعطوه حق طلب تخفيض الثمن بنسبة ما احدثه التغرير من الضرر .

وعلاوة على تلك الاحوال ، فقد ذكر الحنفيون احوالا ثلاثة يكون فيها الغرور سبباً للضمان . وهذه الاحوال ، وان كانت تعود لابحاث وعقود مختلفة ، لا نرى بأساً من بيانها مع العلم بان المجلة ذكرت الاولى منها فقط . وها هي كما وردت بدون تعليق [٣] .

---

(١) انظر البخاري بشرح العيني (ج ١١ ص ٢٥٨) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٤) ، وشرحه للنووي (ج ١٠ ص ١٥٩) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٣٨) ، والموطأ بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٣٨ — ٣٤١) .

(٢) فتح القدير على الهداية (ج ٥ ص ٢٣٩) ،وشرح الخرشي (ج ٣ص ٤٣٨—٤٣٩) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٣٧) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٨٩) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٨ — ٧٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٦٦) .

(٣) انظر في هذا الموضوع : الفتاوى الخانية (بهامش الهندية ج ٢ ص ١٩٢) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ١١٦) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٤ — ٨٥) ، وشرحه للحموي (ج ١ ص ٣٣٤) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ٣٠٥) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٤٧ و ٣٠٣) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٢٢١ — ٢٢٣) ، ومجمع الضمانات (ص ٤٥٤) .

اولا — الغرور في عقود المعاوضة .

جاء في المجلة انه « لو غرّ احد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلاً لو أشترى أحد عرصة وبنى عليها ثم استحقت ، أخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البناء حين التسليم . كذلك لو قال احد لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني اذنته بالتجارة ، ثم بعد ذلك لو ظهر أن الصبي ولد غيره ، فلاهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي » (المادة ٦٥٨) .

ثانياً — الغرور في قبض يرجع نفعه الى الدافع ، كما في الوديعة ومال المضاربة أو الشركة . فلو اودع أحد ماله عند آخر وهلكت الوديعة ، ثم ادعى شخص ثالث أن الوديعة له واستحقها وضمن الوديعة ، فلهذا الاخير حق الرجوع على المودع بما دفعه . ولكن هذا الحكم لا يجري في عقود التبرع التي لا يعود نفعها الى الدافع ، كالهبة والعارية .

ثالثاً — ضمان الغار صفة السلامة للمغرور ، أو الغرور بالشرط .

مثاله لو قال الطحان لصاحب الحنطة ان يضعها في دلو مثقوب وهو عالم بالثقب ، فوضعها صاحبها فذهبت في الماء ، كان الطحان ضامناً . ومثله لو قال رجل لآخر « اسلك هذا الطريق فانه آمن وانا أضمن ما يؤخذ منك » ، فسلك الطريق وسلب ماله ، فعلى القائل الضمان لانه أصبح غاراً بهذا القول .

مقارنة

بحث قانون الموجبات والعقود اللبناني في الخداع ، واعتبره معيباً للرضى ومؤدّياً الى ابطال العقد ، « اذا كان هو العامل الدافع اليه والحامل للمخدوع على التعاقد » . ولم يشترط وجود الغبن الفاحش ، كما فعلت المجلة في التغرير القولي . ولكنه اشترط ان يكون الخداع صادراً من العاقد الآخر . فعليه اذا ارتكبه شخص ثالث ، فلا يكون مؤثراً في صحة العقد ، الا اذا كان الفريق الذي استفاد منه عالماً به عند انشاء العقد .

أما الخداع العارض الذي افضى الى تغيير بنود العقد ولم يكن العامل الدافع الى انشائه ، والخداع الصادر عن شخص ثالث اذا لم يكن المتعاقد الذي استفاد منه

عالماً به ، فلا يكون سبباً لابطال العقد ، بل يكون فقط سبباً للمداعاة ببدل العطل والضرر ضد الخادع (المادتان ٢٠٨ و ٢٠٩) .

وشبيه بما ذكرنا ما جاء في القانون المدني الفرنسي (المادة ١١١٦)، والقانون المدني الالماني (المادة ١٢٣) ، والقانون الانكليزي فيما يسمّونه التغرير العمد [١] .

ففي الخداع بهذا المعنى ، لا بدّ من ان يكون الخادع سيء النية ، عالماً بكذب التوصيف الصادر عنه ، أو على الاقل مقصراً في اعتقاده بصحته .

أما إذا كان التوصيف غير الصحيح صادراً من العاقد الآخر ، وهو يعتقد عن نية حسنة انه صحيح ، فالاصل في الشرائع الفرنسية والالمانية واللبنانية أنه لا يعد خداعاً ولا يوجب الابطال بهذه الصفة [٢] . غير ان الاجتهاد الانكليزي قد ذهب مذهباً جديداً مختلفاً ، فتوصل الى اعتبار هذا التغرير البريء [٣] سبباً لابطال العقد اذا كان هو الدافع على التعاقد [٤] .

---

(١) Wilful misrepresentation .

(٢) يجوز ان يكون سبباً للابطال او لطلب الفسخ اذا توافرت فيه شروط الغلط القانونية .

(٣) Innocent misrepresentation .

(٤) انظر آنسون (ص ١٨٣ و ١٩٧)، ومجلة القانون الفصلية Law Quarterly Review لسنة ١٩٣٩ ص ٩٠-١٠٥) .

البند الثالث

الغـــبن

الغبن والتوازن الاقتصادي

لا مِرية في ان المعاملات الاقتصادية بوجـه عام ، والتجارة بوجه خاص تقصد الى الكسب ، وان كل عاقد فيها يسعى الى تحصيل الربح والمنفعة ما وجـــد الى ذلك سبيلاً .

ولا مِرية ايضاً في ان المبادلات ، او ما اسماه الفقهـاء عقود المعاوضة ،يفترض فيها التساوي في البدلين اللذين يقدمها كل من المتعاقدين .

غير ان أصل المساواة هذا ليس الا نظرياً . فالمساواة لا تتحقق في الواقع اذا نظر الى قيمة الاشياء المطلقة ، اذ أن تقدير القيمة أمر نسبي يعتبر بالقيـــاس الى الافراد وحاجاتهم . فربّ شيء له قيمة كبيرة في نظر طالبه لا تكون له هـــذه القيمة في الحقيقة . وعلى كل ، فقيمة الشيء الواحـد هي في نظر طالبه اكثر منها في نظر البائع .

أضف الى ذلك ان عقود المعاوضة بطبيعتها خاضعـــة لقانون العرض والطلب الذي يحكم المعاملات الاقتصادية . فلا بدّ من بعض التفاوت بين موجبات الفريقين اذا كان العرض زائداً على الطلب ، او كان الطلب زائداً على العرض .

فلذلك اذا كان العاقدان يتمتعان بالاهليـة الشرعية اللازمة ، فالشرع لا ينظر الى التساوي في النفع الناتج لكل منهما ، ولا يكون الغبن او عدم التساوي في الاصل موجباً لابطال عقد المعاوضة .

ومعنى الغبن النقص في الثمن في البيع والشراء [١] ، والنقص في البدل في باقي

---

(١) البحر الرائق ، ج ٦ ص ١١٥ .

عقود المعاوضة. وتعريفه في قانون الموجبات والعقود اللبناني انه « التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض » (المادة ٢١٣) .

فاذن في الاصل لا عبرة بالغبن في العقود ولا تأثير له على صحتها . وهذا كما ترى ملائم لروح التجارة ، التي يجب ان تكون مبنية على حرية التعاقد وعلى المزاحمة الاقتصادية .

انما محل ذلك كله هو في احوال التبادل الحر العادي الذي لا تلابسه ظروف استثنائية أو طرق غير مشروعة . ففي هذه الاحوال الاستثنائية ، يختل التوازن الاقتصادي فيقع الظلم على احد الفريقين دون الآخر ، ويكون ذلك سبباً لمداخلة الشرع او القانون لاجل رفع هذا الظلم ، ومنع الغبن الناتج عنه . وهاك أهم هذه الاحوال في الشرع الاسلامي : —

أولاً — أحوال الربا .

لقد عرفنا معناه فيما مضى في بحث محل العقد [1] ، ولسنا نعود اليه .

ثانياً — الاحتكار .

وهو شراء الشيء وادخاره في وقت الحاجة اليه ليغلو ثمنه . ويكون ذلك عادة في البلد المحصور أو في حال الضيق . وهو محرم لما فيه من الضرر على عامة الناس [2] . فقال النبي (ص) : « لا يحتكر إلاّ خاطيء » [3] . وقال ايضاً : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » [4] . وروي عن عمر بن الخطاب انه قال : « لا حكرة في سوقنا » ، وعن عثمان بن عفان انه كان ينهى عن الحكرة [5] .

وقد حصر الشافعي وابن حنبل ومحمد بن الحسن تحريم الاحتكار في الاقوات وحدها . ولكن مالكاً وأبا يوسف حرما ذلك في كل ما كان الناس بحاجة اليه

---

(١) في الصفحة ٧٩ من هذا الكتاب .

(٢) احياء علوم الدين للغزالي (ج ٢ ص ٦٦) ، وحجة الله البالغة للدهلوي (ج ٢ص١١١)، ومقدمة ابن خلدون (ص ٣٤٦) .

(٣) اخرجه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم .انظر صحيح مسلم (ج ٥ ص ٥٦)، وسنن أبي داود (ج ٣ رقم ٣٤٤٧) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٩٩٥٦) .

(٤) رواه ابن ماجه ، الجامع الصغير ، ج ١ رقم ٣٦١٠ .

(٥) الموطأ بشرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٢٩٩ .

وكان مضراً بالسوق .

وبما انه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، فقد قال محمد بن الحسن ، خلافاً لأبي حنيفة ، بأن للامام ان يجبر المحتكر على البيع اذا خاف الهلاك على اهل المصر . وعلى قوله جرت الفتوى عند الحنفيين ، وبه ايضاً قال مالك والشافعي .

اما تسعير الاشياء المحتكرة من قبل السلطان ، فقد أفتى جمهور الفقهاء بعدم جوازه . وحجتهم في ذلك ما روي عن انس انه قال : « غلا السعر على عهد رسول الله (ص) ، فقالوا يا رسول الله لو سعرت . فقال : ان الله هو القابض الباسط الرازق المسعّر ، واني لارجو ان القى الله عز وجل ولا يطلبني احد بظلمة ظلمتها اياه في دم ولا مال »[1] . ولكن روي عن مالك انه اجاز التسعير للسلطان . وكذلك في الرأي المختار عند الحنفيين ، جُوّز التسعير اذا كان بمشورة اهل الرأي والبصر ، وكان لا بدّ منه لمنع ارباب الطعام من تعدي القيمة[2] .

ثالثاً — طرق التجارة غير المشروعة .

في التجارة احياناً طرق محرمة لما فيها من افساد المزاحمة المألوفة المشروعة . ومن هذه الطرق المحرمة بيع النجش وبيع المصرّاة اللذان مرّا معنا في البند السابق . ومنها ايضاً أن يبيع أهل الحضر السلع لاهل البادية لقاء سمسرة ، أو أن ينتظروهم خارج الاسواق لشراء بضاعتهم رخيصة ، أو أن يدخل أجنبي بين المتبايعين ويعرض بيع سلعة بشروط أحسن من شروط البائع .

فهذه كلها بيوع فيها كثير من الغبن ، وفيها استثمار لعدم خبرة الناس ، وخرق لحرية المبادلات وللصدق في المعاملات الاقتصادية . وهي تمثل لنا ضروب التلاعب في التجارة بالقياس الى اسواق العرب يوم جاء النبي (ص) بشريعة الاسلام .

وفي الحديث الشريف : « لا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تُلقّوا السلع حتى

---

(١) رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم . انظر سنن ابي داود (ج٣ رقم٣٤٥١) ، والجامع الصغير (ج ١ رقم ١٨٠٦) .

(٢) انظر في الاحتكار : الفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٧٧) ، وبهامشها الخانية (ج ٢ ص ٢٥٥) ، والمدونة الكبرى (ج ١٠ ص ١٢٣) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٩٠ — ٢٩١) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٨٠ — ٢٨٣) ، والزرقاني في الموضع المذكور ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ١٨٦ — ١٨٨) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١١ ص ٤٣) .

يهبط بها الاسواق » . وروى البخاري وغيره قول أحـد المحدثين : « كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام ، فنهانا النبي (ص) ان نبيعـه حتى نبلغ به سوق الطعام » . وتعليل النهي انه ربما غبن الركبان غبناً بيّناً ، فيلحق الضرر بهم وبأهل البلد [1] . ونهى النبي (ص) ايضاً ان يبيع حاضر لبادٍ ، ومعناه بتفسير ابن عباس ان لا يكون الحاضر للبادي سمساراً [2] .

رابعاً - يكون الغبن اخيراً سبباً للابطـال في بعض عقود المعاوضة بشروط معينة . فبعض المذاهب اشترطت ان يكون الغبن فاحشاً وان يجتمع معه التغرير، بينما يكفي في مذاهب أخرى ان يكون شاذاً عن المعتاد وان يكون المغبون عديم الخبرة . واحياناً يكون الغبن اليسير وحده كافياً للابطـال . ونحن نوضح ذلك في هذا البند .

الغبن في البيع عند الحنفيين

اختلف الحنفيون في مسألة تأثير الغبن الفاحش في البيوع . فقال بعضهم بانـه سبب لفسخ العقد بخيار الغبن ، وقال البعض الآخر بانه ليس سبباً لذلك . ولكن الرأي المختار عندهم هو ان الغبن الفاحش لا يكون سبباً للفسخ الاّ إذا اجتمع معه التغرير من العاقد الآخر [3] .

فلذا جاء في الاشباه والنظائر : « إذا غرّ البائع المشتري وقال له قيمة متاعي كذا فاشترِه ، فاشتراه بناء على قوله ، ثم ظهر فيه غبن فاحش ، فانه يردّه وبـه يفتى » [4] . وبمعناه قالت المجلة : « اذا غرّ أحد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً ، فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ » (المادة ٣٥٧) .

وليس هذا الحكم مختصاً بالمشتري ، بل « كما يكون المشتري مغبونـاً مغروراً

---

(١) المغني ،ج ٤ ص ٢٨١ .

(٢) صحيح البخاري بشرح العيني (ج ١١ ص ٢٨٢ - ٢٨٧) ، وصحيـح مسلم (ج ٥ ص ٣ - ٦) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٣٦ - ٣٤٤٢) ، والموطأ بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٣٧ وما بعدها) .

(٣) البحر ، ج ٦ ص ١١٦ .

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٥ .

يكون البائع كذلك »[١].

فاذن عند الحنفيين يكون البيع قابلا للفسخ بشرطين، وهما الغبن الفاحش والتغرير من العاقد الآخر. ولقد بيّنا معنى التغرير في البند السابق. أما الغبن الفاحش فهو ما لا يتغابن الناس في مثله. وفسرته المتون بانه ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، أي الذي يخرج عن تقدير المقوّم المتطرف[٢]. ونقل ابن نجيم عن السراج الوهاج ان ما يتغابن الناس فيه قدّره نصير بن يحيى البلخي[٣] بانه « في العروض نصف العشر، وفي الحيوان العشر، وفي العقار الخمس، وما خرج عنه فهو مما لا يتغابن الناس فيه ». وسبب تفريقه في الغبن بين انواع الاموال هو ان التصرف فيها مختلف. فمقدار الغبن يكون أكبر في الاموال التي يقلّ فيها التصرف. ومعلوم « ان التصرف يكثر وجوده في العروض، ويقلّ في العقار، ويتوسط في الحيوان »[٤]. وعلى هذا الأساس، قدّرت النسبة في الدراهم بربع العشر بالنظر الى قيم الأشياء الحقيقية[٥].

ففي رأي ابن يحيى اذاً، الغبن الفاحش أو ما لا يتغابن الناس فيه هو ما زاد على القدر الذي عينه. أما اذا كان معادلاً له أو أقل منه فهو غبن يسير. ولكن منظمي مجلة الاحكام العدلية أخطأوا فَهم ذلك، فاعتبروا الحدّ الفاصل، الذي هو غبن يسير عند ابن يحيى، بدء الغبن الفاحش، فنصّوا على ان « الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار، أو زيادة » (المادة ١٦٥). والأصحّ أن يقال إن الغبن الفاحش هو ما زاد على القدر المذكور فقط، لا ما كان مساوياً له.

وتسقط دعوى الغبن الفاحش بموت المغبون أو بهلاك المبيع أو تغييره، أو بالسكوت والتصرف بالمبيع بعد العلم بالغبن الفاحش. فقد جاء في المجلة انه: « اذا

---

(١) البحر في الموضع المذكور.

(٢) هذا لا يمكن أن يعني ان الغبن هو كل ما كان أقل من السعر الذي يعينه الخبراء، كما يفهم من ترجمة الاستاذ الرئيس القرداحي، في كتابه الفرنسي « الشروط العامة للبيع »، ص ٧٥.

(٣) توفي سنة ٢٦٨ هـ. عن الفوائد البهية (ص ٢٢١).

(٤) البحر (ج ٧ ص ١٦٩)، وجامع الفصولين وبذيله اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية (ج ٢ ص ٣١)، والفتاوى الخيرية (ج ١ ص ٢٢٠).

(٥) شرح علي حيدر على المادة ١٦٥ من المجلة.

مات من غرّ بغبن فاحش ، فلا تنتقل دعوى التغرير الى وارثه . والمشتري الذي حصل له تغرير ، اذا اطلع على الغبن الفاحش، ثم تصرّف في المبيع تصرّف الملاّك، سقط حق فسخه . واذا هلك واستهلك المبيع ، الذي بيع بغبن فاحش أو غرر ، أو حدث فيه عيب ، أو بنى مشتري العرصة عليها بناء ، فلا يكون للمغبون حق في أن يفسخ البيع » (المواد ٣٥٨ — ٣٦٠) .

ولا بدّ من الاشارة أخيراً إلى أن الأصل في المذهب الحنفي ، الذي يشترط لابطال البيع أن يكون الغبن فاحشاً وأن يحصل بتأثير التغرير ، هذا الأصل له مستثنيات يكفي فيها الغبن الفاحش دون تغرير ، أو يكفي فيها الغبن اليسير وحده . وهاك امثلة من هذه المستثنيات : —

اولا — في بعض الاحوال يكفي الغبن اليسير لفسخ العقد . مثاله لا يجوز للمريض المدين ان يبيع ماله في مرض موته لاجنبي بمحاباة ، ولو يسيرة ، ولا يصح بيعه الا بثمن المثل [1] .

ثانياً — يعتبر الغبن الفاحش وحده سبباً لابطال البيع ، ولو كان بدون تغرير ، في مال اليتيم ومال الوقف وبيت المال . فقد ورد في المجلة انه : « اذا وجد غبن فاحش في البيع ، ولم يوجد تغرير ، فليس للمغبون ان يفسخ البيع . الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم ، فلا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم » (المادة ٣٥٦) .

فعليه اذا باع الولي او الوصي مال اليتيم، أو اذا باع متولي الوقف مال الوقف بحال الاستبدال مثلاً ، أو اذا باع المأمور المأذون مال بيت المال ، بغبن يسير صحّ البيع . اما اذا كان البيع بغبن فاحش فلا يصح ، ولو لم يكن المشتري غاراً .

احوال اخرى من الغبن في المجلة

ليس اثر الغبن محصوراً في البيع والشراء . بل هو موجود ايضاً في غيرهما من عقود المعاوضة . وقد ذكرت المجلة أمثلة من ذلك في الاجارة ، والقسمة ، والوكالة

---

(١) المادة ٣٩٤ من المجلة . انظر امثلة اخرى من ذلك في جامع الفصولين (في الموضع المذكور) ، وفي الفتاوى الانقروية (ج ١ ص ٢٥٨) .

بالشراء . واليك بيان ذلك بايجاز : —

اولا — في الاجارة .

يعتبر الغبن الفاحش سبباً لفسخ العقد في اجارة أموال الصغير والوقف . فقد ورد في المجلة انه « لو آجر الوصي او المتولي عقار اليتيم او الوقف بأنقص من اجرة المثل تكون الاجارة فاسدة ويلزم أجر المثل » (المادة ٤٤١) .

ومعنى الغبن الفاحش ، كما رأينا ، ما لا يتغابن الناس في مثله . ويثبت هذا الغبن الفاحش بشهادة أهل البصر والامانة . ويكفي ان يكون الخبير واحداً عند الامام الاعظم وابي يوسف ، خلافاً لمحمد الشيباني [١] .

ثم انه في غير مال اليتيم او الوقف ، يكون حكم الغبن في الاجارة كحكمه في البيع . أي انه اذا غرّ احد العاقدين الآخر ، وكان في الاجارة غبن فاحش ، فللمغبون فسخ الاجارة . وهذا ، وان لم تذكره المجلة ، الا انه متفق عليه عند الحنفيين [٢] .

ثانياً — في القسمة .

جاء في المجلة : « يلزم ان تكون القسمة عادلة ، أي أن تعدّل الحصص بحسب الاستحقاق وان لا يكون باحداها نقصان فاحش . فلذلك تسمع دعوى الغبن الفاحش في القسمة » (المادة ١١٢٧) .

ودعوى الغبن الفاحش هذه تسمع ، سواء أكانت القسمة قضائية أم رضائية ، وسواء اكان الغبن بنتيجة تغرير ام بنتيجة غلط [٣] .

ثالثاً — الوكيل بالشراء .

ان هذا الوكيل لا يجوز له ان يشتري بغبن فاحش . فلو فعل ذلك ، « فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته » (المادة ١٤٨٢) . وبهذا يختلف الوكيل بالشراء عن الوكيل بالبيع المطلق . فلهذا الاخير « ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً » (المادة ١٤٩٤) .

---

(١) الاشباه لابن نجيم (ص ١٠٧) ، والخانية (ج ٢ ص ٢٩١) ، وانفع الوسائل للطرسوسي (ص ١٧٢) .

(٢) شرح علي حيدر ، في مقدمة الباب الخامس من كتاب الاجارة ، ج ٢ ص ٤٨٤ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٥ ص ٢٥١ .

ومذهب المجلة في الوكيل بالبيع اخذته عن الامام الاعظم ، الذي قال بصحة بيع الوكيل بالغبن الا في الصرف ، أي بيع النقد بالنقد . اما صاحباه ابو يوسف ومحمد ، فانهما قالا بان الوكيل بالبيع ، كالوكيل بالشراء ، لا يجوز تصرفه بنقصان لا يتغابن الناس فيه [١] .

واخيراً لا بدّ من التذكير بان المجلة والحنفيين يعتبرون الغبن مقياساً في ترتيب تصرفات الصبي المميّز ومن كان في حكمه كالمعتوه والسفيه المحجور عليه . فتصرفاتهم كما رأينا صحيحة اذا كان فيها نفع محض ، وغير صحيحة اذا كان فيها ضرر محض ، ومتوقفة على اجازة الولي اذا كانت من العقود الدائرة بين النفع والضرر .

وبعد ، اذا أردنا ان نستخلص مما ذكرنا نظرية عامة في الغبن والتغرير عند الحنفيين ، امكننا ان نوجزها في اصل ومستثنيات . فالاصل يستوجب لابطال العقد اجتماع الغبن الفاحش مع التغرير . اما المستثنيات فخلاصتها ما يأتي : —

اولا – يعتبر التغرير وحده في التدليس او التغرير الفعلي عند ابي يوسف، وفي كتمان العيوب، وفي اظهار الخيانة في المرابحة ونظائرها، ولو لم يكن في كل ذلك غبن فاحش .

ثانياً – يعتبر الغبن الفاحش وحده ، دون تغرير ، في مال القاصر والوقف وبيت المال ، وفي تصرف الوكيل بالشراء وفي القسمة .

ثالثاً – يعتبر الغبن ولو لم يكن فاحشاً في بعض الاحوال ، كتصرفات المدين المريض وما أشبه .

الغبن في باقي المذاهب الاسلامية

روي في كتب الحديث ان رجلًا يدعى حِبّان بن منقذ كان ضعيف العقل ، وكان يتعاطى التجارة ، ويغبن فيها . فبلغ خبره النبي (ص) ، فدعاه وقال له « اذا بايعت فقل لا خِلابة » [٢] . أي نصحه ان يشترط عدم وجود الخديعة ، حتى اذا ظهر الغبن كان له ان يرد الثمن ويسترد المبيع .

---

(١) البحر ، ج ٧ ص ١٦٧ .

(٢) رواه مالك واحمد والبخاري ومسلم وابو داود والنسائي . انظر البخاري بشرح العيني (ج ١١ ص ٢٣٣) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ١١) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٠٠) ، والموطأ بشرح الزرقاني (ج ٣ ص ٣٤٢) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٩١) .

وقد كان هذا الحديث سبباً لخلاف طريف بين الفقهاء في مسألة الغبن في البيع . فمنهم من قال بان الحديث خاص بحبّان بن منقذ لانه ضعيف العقل ، وبانه لا يجوز القياس عليه . والى هذا ذهب الحنفيون كما أوضحنا ، وذهب الشافعي ، فاشترطوا لفسخ العقد وجود التغرير الى جانب الغبن .

اما باقي الائمة فقد توسعوا في المسألة ، واعتبروا الغبن سبباً للفسخ بدون تغرير في أحوال عديدة . وهاك بيانها بايجاز : —

أولا — في بيع النجش ، الذي مر تفسيره في البند السابق ، يحق للمشتري عند احمد ومالك ان يفسخ العقد اذا غبن فيه غبناً يخرج عن العادة .

ثانيا — في تلقي الركبان، الذي اوضحناه في أول هذا البند، قال احمد بن حنبل بان للبائع الخيار بفسخ العقد اذا هبط السوق وعلم انه غبن غبناً خارجاً عن المعتاد .

ثالثاً — بيع الاسترسال . وهو البيع الذي يسترسل فيه أحد المتبايعين إلى الآخر ، لعدم خبرته بالمبايعة أو لجهله الأسعار ، فيعلمه بجهله ويستأمنه ، ويتفق معه على الشراء أو البيع بسعر ما يتبايع به باقي الناس . ففي هذا البيع اذا علم المسترسل بالغبن يثبت له خيار الفسخ في المذهبين المالكي والحنبلي .

رابعاً — في البيوع العادية أحياناً ، اذا كان الغبن فاحشاً بدرجة بيّنة وكان المغبون لا خبرة له بقيمة السلع ، فلهذا حق الردّ بالغبن أيضاً عند بعض الحنابلة وفي رواية بعض البغداديين عن المذهب المالكي . إلاّ أنه إذا علم أحد المتبايعين بقيمة الشيء قبل العقد ، فزاد عليها لغرض له أو بدون غرض ، فهو كالواهب أو كالمشتري بعد علمه بالعيب في المبيع .

أما معنى الغبن الفاحش ، فقد قدّره بعضهم بالثلث فأكثر ، وقدّره غيرهم بالسدس . ولكن الرأي المختار عند المالكية والحنابلة حدّده بما لا يتغابن الناس به ، ثم ترك تقديره الى العرف والعادة . وبكلمة اخرى الغبن الفاحش عندهم هو ما خرج عن العوائد [١] .

---

(١) انظر في هذا البحث : شرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٦٢) ، وشرح الحطاب وبهامشه المواق (ج ٤ ص ٤٦٨ وما بعدها) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٦٨) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (ج ٨ ص ٣١٠ و ٣٣٨) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٧ — ٧٩) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٢١ — ٢٢) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ١٥٥ — ١٥٦) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١١ ص ٢٣٣ — ٢٣٤) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٠ ص ١٧٧) ، والموطأ بشرح الزرقاني في الموضع المذكور ، والعقد المنظم للاحكام (بهامش تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢١٢) .

والحاصل من كل ذلك ان الغبن في البيع والشراء اذا كان زائداً على المألوف وكان المغبون فيه قليل الخبرة ، فهو يعطي هذا المغبون خيار الفسخ عند بعض الفقهاء . وهذا الرأي كما سنرى قريب من نظرية بعض القوانين العصرية .

وختاماً لا بأس بالملاحظة ان الغبن في المذهب الظاهري يعدّ سبباً لابطال البيع او الشراء اذا لم يكن المغبون عالماً به عند العقد ، لان بيع الشيء باقل من قيمته او شراءه باكثر منها ، كلاهما اضاعة للمال من جهة المغبون ، واكل لمال الغير بالباطل من جهة الغابن [١] .

مقارنة مع بعض القوانين الحديثة

ان معظم القوانين الحديثة بوجه عام لا تنظر الى الغبن كسبب لابطال العقود، الا في احوال استثنائية وبشروط معينة . فهي اذاً من حيث المبدأ شبيهة بالشريعة الاسلامية . ولكن هذه القوانين اختلفت في تفصيل هذه الشروط وتلك الاحوال .

ففي القانون الفرنسي ، ليس الابطال بالغبن مقبولاً الا في احوال قليلة محصورة . واهمها احوال القاصر المغبون ، وبائع العقار المغبون بنسبة اكثر من نسبة السبعة الى الاثني عشر ، والغبن الزائد على الربع في القسمة ، او الزائد على النصف في قبول التركة ، والغبن الزائد على الربع في بيع السماد ، او الزائد على الثلث في التنازل عن مؤسسة تجارية [٢] .

ولكن هذه النظرية مادية ضيقة لا تتسع ، فيما خلا الاحوال المذكورة ، لحماية من غبن بتأثير الحاجة الماسة او الجهل وقلة الاختبار . وذلك خلافاً للقانون المدني الالماني ، الذي اتخذ نظرية معنوية وسيعة (المادة ١٣٨) ، ونص على ابطال العقد اذا كان فيه غبن بيّن جداً بالقياس الى ظروف الحال ، وكان هذا الغبن ناتجاً عن استثمار الحاجة أو الطيش او عدم الخبرة [٣] .

---

(١) المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٦٣ .

(٢) انظر المواد ١١١٨ ، و١٣٠٥ و ١٦٧٤ ، و ٨٨٧ و ٧٨٣ و ١٠٧٩ من القانون المدني الفرنسي ، وقانوني ٨ تموز سنة ١٩٠٧ و ٢٩ حزيران سنة ١٩٣٥ .

(٣) Unter Ausbeutung der Notlage , des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen .

وقد ذهب الى هذه النظرية الجديدة قانون الموجبات السويسري (المادة ٢١)، وقانون الموجبات التركي ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني . وهي نظرية كما ترى شبيهة بمذهب المالكيين والحنبليين على ما اوضحنا .

واليك نص ما ورد في القانون اللبناني : « ان الغبن لا يفسد في الاساس رضى المغبون . ويكون الامر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الاحوال الآتية :

اولاً — اذا كان المغبون قاصراً .

ثانياً — اذا كان المغبون راشداً ، وكان للغبن خاصتان : الاولى ان يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة [١] ، والثانية ان يكون المستفيد قد اراد استثمار ضيق او طيش او عدم خبرة في المغبون .. » (المادة ٢١٤) .

فهذا القانون لم يحدد معنى الغبن الفاحش ، بل ترك ذلك الى تقدير القاضي حسب ظروف كل قضية . وعلى هذا التفسير ثبت الاجتهاد اللبناني [٢] .

وعلى كل حال ، فالغبن عند تحليله يدل في غالب الاحيان على وجود عيب آخر في الرضى . فتارة يحصل بنتيجة التغرير ، وتارة بطريق الغلط ، وتارة اخرى تحت تأثير الضغط او الاكراه المعنوي . وهذا يفسر ان الشريعة الانكليزية بحثت في الغبن في باب الاكراه المعنوي [٣] .

---

(١) اختلفت المحاكم اللبنانية في تعريف الغبن الفاحش . انظر اجتهاداتها المختلفة في مجلة المحامي (سنة ١٩٤٠ ، قسم ٢ ص ٥٣) .

(٢) انظر قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد ، الصادر في ٣ شباط ١٩٤٥ ، تحت عدد ٢ .

(٣) Undue influence

البنـــد الرابع

الاكراه

نظرة عامة

ورد في آيات القرآن البيّنات : « لا اكراه في الدين »[1] . « من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان »[2] . « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان اردن تحصّناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههنّ فان الله من بعد اكراههن غفور رحيم »[3] .

وقال النبي (ص) في حديثه الشريف : « ان الله تجاوز لي عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[4] . وروى البخاري وغيره قصة خنساء بنت خذام الانصارية « ان اباها زوجها وهي ثيّب ، فكرهت ذلك فأتت رسول الله (ص) فردّ نكاحه »[5] .

هذه النصوص وما اليها ، وما تنطوي عليه من عدل ومصلحة ، كل ذلك جعل علمــاء الاصول يضعون الاكراه بين الاعذار الشرعية ، وجعل الفقهاء والمذاهب يبحثون فيه كعذر في التصرفات الفعلية ، وكشائبة من شوائب الرضى في العقود

---

(١) البقرة (٢) ٢٥٦ .

(٢) النحل (١٦) ١٠٦ . راجع قصة عمار بن ياسر ، الذي اكره على الكفر وقلبه مؤمن ، في تفسير الفخر الرازي (ج ٥ ص ٣٥٥).

(٣) النور (٢٤) ٣٣ . نزلت هذه الآية في عبدالله بن أبي، الذي كان يكره جواريه على البغاء طمعاً بكسبهن . راجع الخلاف في تفصيل سبب نزولها، في تفسير الفخر الرازي (ج ٦ ص ٢٧٢) ، وفي اسباب النزول للواحدي (ص ٢٤٥ـ٢٤٧).

(٤) مر تخريجه في البند الاول من هذا الفصل ص ١٦٤ .

(٥) شرح العيني على البخاري ، ج ٢٠ ص ١٢٩ ، وج ٢٤ ص ١٠١ .

وسائر التصرفات القولية . ونحن لن نبحث حكم الاكراه في أصول الفقه ولا في العبادات لخروجه عما نحن بصدده، ولن نعود مرة أخرى الى بحث حكمه في التصرفات الفعلية أو الجرائم بعد ان اتينا عليه فيما مضى [١] . انما نكتفي ههنا ببيان احكام الاكراه في العقود وفي باقي التصرفات القولية . فنتقدم بتعريفه ثم نوضح شروطه ، ثم نوجز حكمه واثره في هذ التصرفات .

ومن المعتاد ان يبدأ في كتب الفقه بتعريف الكلمة لغة قبل تعريفها في الاصطلاح الشرعي . فمعنى الاكراه لغة ، بعبارة بعضهم ، هو حمل الانسان على أمر يكرهه [٢] . وفي الاصطلاح الشرعي « هو فعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره » [٣] . او كما عرفته المجلة ، « هو اجبار أحد بالاخافة على ان يعمل عملاً بغير حق ، من دون رضاه ، ويقال له المكرَه (بفتح الراء) ، ويقال لمن أجبر مجبِر ، ولذلك العمل مكره عليه ، وللشيء الموجب للخوف مكره به » (المادة ٩٤٨) .

ولقد بحث القانون اللبناني في الاكراه بعنوان الخوف (المادة ٢١٠ وما بعدها) ، وبحث فيه بعض الفقهاء بعنوان الضغط والمضغوط [٤] . ويفسر ذلك ان في الاكراه ضغطاً وشدة ، وان الخوف ليس الا نتيجة الاكراه والضغط واثرهما في المكره . وان الاكراه بسبب هذا الخوف يجعل رضى المكره معدوماً فيما يفعله تخلصاً من العنف والتهديد الواقع عليه ، ويجعل اختياره متأثراً وفاسداً ايضاً في غالب الاحيان . وهكذا يعد الاكراه من شوائب الرضى وعيوبه ، لما نعلمه من بناء الشريعة الغراء والتصرفات جميعاً على القاعدة الذهبية « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » .

الا انه حتى يكون الاكراه من عداد عيوب الرضى، لا بدّ من ان يستوفي شروطاً وهي : الاكراه بدون حق ، وقدرة المجبر على ايقاع تهديده ، وخوف المكره الكافي النافي للرضى ، وحصول المكره عليه بتأثير الخوف .

---

(١) في الجزء الاول ص ٢٢٤ .
(٢) درر الحكام ، ج ٢ ص ٢٦٩ .
(٣) المبسوط ، ج ٢٤ ص ٣٨ .
(٤) انظر مثلا البهجة شرح التحفة ، ج ٢ ص ٧٥ .

ونحن نوضح كلا من هذه الشروط الاربعة ، ثم نبين بعد ذلك حكم الاكراه بالنتيجة متى توافرت فيه هذه الشروط جميعاً .

الشرط الاول : الاكراه بدون حق

ان الاكراه المحرم هو ما كان بدون حق . وأما ما كان بحق فلا يعتدّ به لانه اكراه شرعي ، ولا تأثير له على صحة التصرفات أبداً .

ومن أمثلة الاكراه الشرعي جبر المدين من قبل القاضي على بيع ماله لوفاء الدائنين ، أو جبر المنفق على النفقة الشرعية ، او جبر المرء على دفع الخراج ، او جبر المالك على بيع أرضه لتوسيع المسجد او الطريق العام ، او جبره على بيع الطعام او الشراب للمضطر ، وما الى ذلك [١] .

وايضاً نصّ قانون الموجبات والعقود اللبناني على أمثلة من الاكراه الشرعي ، فقال : « ان الخوف الناشيء عن احترام الاب والام او غيرهما من الاصول لا يكفي لافساد العقد . وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً ، أي ان يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب » (المادة ٢١٢) .

الشرط الثاني : قدرة المجبر

لا بدّ في الاكراه من ان يكون المجبر قادراً على تنفيذ تهديده بالمكره ، وان « يكون قاهراً له لا يقدر على دفعه » . وهكذا جاء في المجلة : « يشترط ان يكون المجبِر مقتدراً على ايقاع تهديده ، بناء عليه لا يعتبر اكراه من لم يكن مقتدراً على ايقاع تهديده واجرائه » (المادة ١٠٠٣) .

وعند الامام الاعظم لا اكراه إلا من السلطان وحده . ولكن رأي صاحبيه الذي عليه الفتوى عند الحنفيين، ورأي باقي ائمة المذاهب يقول بان الاكراه يتصوّر

---

(١) المبسوط (ج ٢٤ ص ٥٧) ، ومجمع الانهر (ج ٢ ص ٤٣٠) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٧٥) ، والخرشي (ج ٣ ص ٣٦٥) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٥٩) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٣) ، والقواعد لابن رجب (ص ٣٢ و ٢٢١) .

من كل متغلب قادر على الايقاع والقهر، سواء أكان سلطاناً ام لصاً ام غيرهما [١] . مثلاً ، كما قال ابن البزاز ، يمكن للاكراه ان يقع من الزوج على زوجته [٢] .

وخلافاً لما رأينا في التغرير ، لا يشترط الشرع الاسلامي ان يكون الاكراه في العقود صادراً عن المتعاقد الآخر ،بل يعتدّ به بوجه عام ، ولو صدر عن شخص ثالث أجنبي عن العقد . فعليه ، اذا اكره أحد على بيع شيء ، فالعقد يعتبر قابلاً للابطال . وان هذا الحكم يطبق ، ولو كان الاكراه لم يصدر عن المشتري او لم يكن هذا عالماً به ، كما يفهم من مدلول أقوال جمهور الفقهاء ، لا سيا في المذهب الحنفي والقول المختار من المذهب المالكي وأحد قولي المذهب الشافعي . ولكن يوجد بعض التردد فيا يسمونه الاكراه على سبب البيع ، وهو ان لا يُكره الانسان على البيع مباشرة ، بل ان يكره على اداء مال ظلماً ، فيضطر الى بيع شيء آخر ليؤدي المطلوب . فهنا يصح البيع في القول المختار عند الشافعية والحنفية وعند اتباع المذهب الظاهري ، خلافاً للمذهب المشهور عند المالكية [٣] .

وفي هذا الموضوع ، وان نصّ القانون اللبناني على انه « ... لا حاجة للتمييز بين ان يكون (هذا) الضغط صادراً عن احد المتعاقدين او عن شخص ثالث او عن احوال خارجة عن دائرة التعاقد » ، الا انه جوّز « في الحالتين الاخيرتين ان يلزم المكره الراغب في التملص من العقد باداء التعويض الى الفريق الآخر اذا كان هذا الفريق حسن النية . ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الانصاف » (المادة ٢١٠) .

الشرط الثالث : خوف المكره

ان الخوف بتعريف الفقهاء هو الظن الغالب في ذهن المكره بنزول الوعيد به

---

(١) الهداية (ج ٣ ص ٢٢٢)، ومجمع الانهر (ج ٢ص٤٢٩) ، والمهذب (ج ٢ص ٨٣)، والمغني (ج ٨ ص ٢٦١) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٢٩) .

(٢) الفتاوى البزازية ، ج ٣ ص ١١٢ (بهامش الهندية) .

(٣) شرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٣ ص ٣٦٦) ، وشرح الحطاب (ج ٤ ص ٢٤٨ — ٢٤٩) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٦٠ — ١٦١) ، والمحلى (ج ٩ رقم ١٥٢٩) ، والبزازية في الموضع المذكور.

ان لم يفعل ما طلبه المجبِر منه . ولا بد من حصول هذا الخوف حتى يعتدّ بالاكراه . وهذا ما اوجبته المجلة بقولها : « يشترط خوف المكرَه من وقوع المكره به . يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبِر المكره به ان لم يفعل المكره عليه » (المادة ١٠٠٤) .

ولكن ما هو المعيار الذي يقاس به هذا الخوف ؟ أهو معيار ثابت معيّن يقاس به جميع الناس ؟ أم هو معيار يتفاوت بتفاوت الناس في اجناسهم واعمارهم وطبائعهم وصفاتهم ، ومن ثم في حظهم من الشجاعة ودرجة تأثرهم بالاكراه ؟

قال الرومان انه لا يعتدّ الا بالاكراه الذي يؤثر على اشجع الرجال [١] . ولكن هذا ، كما ترى ، قاسٍ جداً ، اذ هو لا يحمي الا من اتصف بالشجاعة النادرة ، ويتطلب من المرء ان يكون في اموره اليومية العادية وفي تصرفاته العديدة اقوى واقدر مما هو عليه في الواقع ومما فطر عليه بطبيعته .

فلذا أحسن القانون المدني الفرنسي بأخذه مقياساً للاكراه طبقة الرجل العاقل [٢] ، وبقوله بوجوب النظر في ذلك الى سن المكره وجنسه وحالته (المادة ١١١٢) . واوسع منه من هذه الناحية ما جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني من انه للوقوف على ماهية الخوف « وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكرَه ، كالنظر الى سنه او الى كونه امرأة او رجلا والى درجة تعلمه ومنزلته الاجتماعية » (المادة ٢١١) . ويعتدّ بكل عنف جثماني او تهديد موجه الى شخص المدين او الى امواله او الى زوجه او أحد اصوله او فروعه (المادة ٢١٠) .

وبعد ، فكيف كان موقف الشريعة الاسلامية من هذه المسألة ؟ هل ذهبت مذهب الرومان المادّي الجامد ، ام ذهبت مذهباً معنوياً على غرار القوانين العصرية ؟ لا شك في انها اتبعت المذهب المعنوي . ولا نرى بأساً لاثبات ذلك بنقل كثير من عبارات الكتب الفقهية ، حرصاً على دفع تهمة التأويل او المبالغة .

قالت المجلة ، نقلاً عن كتب الحنفيين : « الاكراه على قسمين : القسم الاول هو الاكراه الملجيء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس او

---

(١) 6 D. quod metus causa , IV , 2 . Constantissimum virum .

(٢) Homme raisonnable

قطع عضو . والثـاني هو الاكراه غير الملجيء الذي يوجب الغم والالم فقط ، كالضرب والحبس غير المبرح والمديد » (المادة ٩٤٩) .

وان القسمين يفسدان الرضى ، ولكن الاول وحـده يفسد الاختيار ايضاً ، لانه لا يمكن احتماله او الصبر عليه . ولقد رأينا اثر هـذا التفريق عند الكلام على حكم الاكراه في التصرفات الفعلية. ولكن في التصرفات القولية والعقود ، لا عبرة بالتفريق بين القسمين . فكلاهما يعتدّ بهما لانهما ينفيان الرضى .

ولقد فهم بعض الافاضل من الامثلة المذكورة في تعريف المجلة ان الاكراه يجب ان يكون جثمانياً ، وان احكام المجلة في الاكراه أصبحت خارجـة عن الاستعمال ، لانها لا تفترض حالة الضغط المعنوي التي تقع في الاغلب [١] . ولكن هذا كما يبدو استخلاص لا يمكننا الذهاب اليه ، لان حرف الكاف الذي ربطت به كلمة الضرب في المادة المبينة آنفاً ليست الا للتمثيل ، كما يعرف من قواعد اللغة ، وكما اوضحته شروح المجلة المعتبرة [٢] .

ويؤيد ذلك ما قاله الفقهاء المسلمون على اختلاف مذاهبهم في هـذا الموضوع . فقد روي عن القاضي شريح انه قال : « القيـد كره ، والوعيد كره ، والضرب كره ، والسجن كره » . وصرح السرخسي في الضرب والحبس بانه ليس فيهما حدّ لا يزاد عليه ولا ينقص منه ، « لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم » . فالاكراه في ذلك عنده « يختلف باختـلاف أحوال الناس » ، فلهذا جعل « موكولا الى رأي القـاضي ليبني ذلك على حال من ابتلي به » [٣] . مثاله : « من كان شريفاً يغتم بكلام خشن فيعدّ مثل هـذا في حقه اكراهاً ، إذ هو أشدّ له من ألم الضرب . ومن كان رذيلا فلا يغتم الا بضرب مؤلم او بحبس شديد » [٤] . فالاكراه اذاً « يشمل الوعيد بالقول » [٥] .

---

(١) هذا رأي الرئيس شكري بك القرداحي ، في رسالته عن قانون الموجبات اللبناني ، طبع باريس ، ١٩٣٢ ، ص ٥٣ .

(٢) راجع شرح علي حيدر تحت المادة ٩٤٩ .

(٣) المبسوط ، ج ٢٤ ص ٥١ — ٥٢ .

(٤) مجمع الانهر (ج ٢ ص ٤٣٠) . قيل في أمثال العرب : « العبد يقرع بالعصا والحر تكفيه الاشارة أو الملامة » . انظر مجمع الامثال للميداني (ج ١ ص ٤٢٦) .

(٥) رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ص ١٠٩ .

وفوق ذلك ، لا ينظر الى الاكراه الموجه الى نفس المكره فحسب ، بل ينظر الى كل ما يُسبب خوف الانسان على ماله كله او بعضه لان المال « شقيق الروح »[١]. ويعتدّ كذلك استحساناً ، وخلافاً للقياس الذي قال به بعض الفقهاء [٢] ، بالاكراه الناتج عن حبس الوالدين والاولاد ، وزاد القهستاني الاكراه النـاتج عن حبس غيرهم من المحارم [٣].

وليس ما قدّمنا مختصاً بالحنفيين ، بل هو بالجملة قول جمهور الفقهاء المسلمين. فعند ابن حنبل في احدى الروايتين عنه « ان الوعيد بمفرده اكراه » . وعنده ان كان الضرر اليسير واقعاً « في حق من لا يبالي به فليس باكراه ، وان كان من ذوي المروءات على وجه يكون اخرافاً بصاحبه وغضّاً له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره . وان توعد بتعذيب ولده ... الاولى ان يكون اكراهاً ، لان ذلك عنده اعظم من اخذ ماله ، والوعيد بذلك ، فكذلك هذا » [٤].

وبمعناه قال شارح ارجوزة ابن عاصم المالكي بان الاكراه يكون « بخوف مؤلم من قتل او ضرب او سجن او قيد او صفح لذوي مروءة بملأ أو قتل ولده او أخذ ماله .. ، والاهانة الملزمة لمن لا تليق به اكراه » [٥].

واخيراً اختلفت الاقوال في المذهب الشافعي ، وقد عدّ منها السيوطي سبعة. فالمشهور الذي ذكره الشيرازي ان الاكراه يكون بمـا يلحق الضرر بالمكره ، « كالقتل والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلـك من ذوي الاقدار ، لانه يصير مكرهاً بذلك . وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به ، والاستخفاف بمن لا يغضّ منه ، او أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه ، او الحبس القليل ، فليس باكراه » [٦] . ومن الاكراه « التخويف بقتـل الولد »

---

(١) رد المحتار ، ج ٥ ص ١١٠ .

(٢) كالزيلعي في شرح الكنز ، ج ٥ ص ١٨٢ .

(٣) وهم الاقرباء ذوو الرحم المحرم . انظر غنية ذوي الاحكام (بهامش درر الحكام ج ٢ ص ٢٧٠) ، ورد المحتار في الموضوع المذكور .

(٤) المغني ، ج ٨ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢ .

(٥) البهجة شرح التحفة ، ج ٢ ص ٧٥ .

(٦) المهذب ، ج ٢ ص ٨٣ .

أيضاً [١] .

ومن أحسن ما كتب في هـذا المقام القول الذي اختاره الامام النووي في الروضة . وهو ان الاكراه « يحصل بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه حذراً مما هدّد به . وذلك يختلف باختلاف الاشخاص ، والافعال المطلوبة ، والامور المخوف بها . فقد يكون الشيء اكراهاً في شيء دون غيره ، وفي حق شخص دون آخر . فالاكراه على الطـلاق يكون بالتخويف بالقتل والقطع ، والحبس الطويل ، والضرب الكثير والمتوسط لمن لا يحتمله ولم يعتده ، وبتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملأ وتسويد الوجه ونحوه ، وكذا بقتل الوالد وان علا والولد وان سفل على الصحيح ، لا سائر المحارم ، واتلاف المال على الاصح . وان كان الاكراه عـلى القتل ، فالتخويف بالحبس وقتل الولد ليس اكراهاً . وان كان على اتلاف مال ، فالتخويف بجميع ذلك اكراه » [٢] .

وبعد ، فنحن نستبين مما قدمنا ان الحنفيين بصورة خاصة وجمهور الفقهاء بصورة عامة اتبعوا النظرية المعنوية التي تجعل معيار الاكراه مختلفاً باختلاف احوال الناس والافعـال المطلوبة والامور المخوف بها ، وانهم لم يوجبوا أن يكون الاكراه جثمانياً ، بل تصوّروه معنوياً بالوعيد والقول والتهديد . وذلك كله موافق لما ورد في القوانين الحديثة ، ولكنه سابق عليه بزمن لم يكن معروفاً في تلك القوانين .

ولقد اطلت البحث في هذه المسألة الدقيقة بقصد ايضاحها لئـلا يشكل فهمها على الذين يهتمون بدراسة الفقه الاسلامي .

الشرط الرابع : علاقة الاكراه بالمكره عليه

ينبغي ان يعمل المكرَه تحت تأثير الخوف حتى يصحّ له الاعتذار بالاكراه . فلذا نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على « ان الخوف لا يفسد الرضى الا اذا كان هو الحامل عليه » (المادة ٢١١) .

وبمعناه جاء في المجلة انه : « إنّ فعل المكره المكره عليه في حضور المجبر او

---

(١) الوجيز ، ج ٢ ص ٥٧ .

(٢) كما نقله السيوطي ، في الاشباه والنظائر ، ص ١٣٦ .

عونه، كان الاكراه معتبراً . وأما اذا فعله في غياب المجبر او عونه ، فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الاكراه . مثلاً لو اكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكرَه وباع ماله في غياب المجبر وعونه ، فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً » (المادة ١٠٠٥) .

فعليه ، لو فعل أحد شيئاً وأقرّ انه فعله غير خائف على نفسه ، كان ملزماً بما فعل [١] ، لان الاكراه لم يكن هو الذي حمله عليه .

ولا شك في ان سبب ذلك هو انه يجب للاعتداد بالاكراه أن يكون قد أثّر في الرضى وأفسده . فاذا زال الاكراه لم يبق ما ينفي الرضى ، فيكون هذا الرضى من ثم صحيحاً لا شائبة فيه .

وهناك مسألة اختلف فيها . وهي ان المكره على أمر اذا رضي به بعد زوال الاكراه ، فهل يعتبر رضاه ؟ او بكلمة أخرى ما هو تأثير الاجازة اللاحقة على العمل المكره عليه ؟ فقد روي عن الشافعي وابن حنبل انهما قالا ببطلان عقد المكره وبعدم صحة اجازته .

اما الحنفيون ، فانهم اعتبروا التصرف أو العقد الذي جرى بتأثير الاكراه موقوفاً على اجازة المكره بعد زوال هذا الاكراه . فاذا أجازه حينئذ صح العقد ونفذ . وبهذا ايضاً أخذ المذهب المالكي . مثلاً في البيع باكراه يكون للبائع بعد زوال الاكراه الخيار بين اجازة البيع ورده [٢] .

وانت ترى ان القول الثاني معقول وموافق للحاجات العملية . فالاكراه شائبة من شوائب الرضى ، والاعتداد به هو من حق المكره وحده . فاذا رضي هذا بما جرى تحت ضغط الاكراه ، كان رضاه تنازلاً منه عن حقه ، وتلافياً للخلل الحاصل . فليس ما يمنع بعد من نفاذ العقد ولزومه . وبعبارة عصرية ، لا يعد عقد المكره باطلاً حكماً ، بل قابلا للابطال بناء على طلب هذا المكره . وعلى هذا ايضاً سار قانون الموجبات والعقود اللبناني (المواد ٢٣٣ - ٢٣٧) .

---

(١) الام ، ج ٣ ص ٢١٠ .

(٢) الفقرة الاخيرة من المادة ١٠٠٦ من المجلة ، وشرح الحطاب (ج ٤ ص ٢٤٩) ، والمجموع (ج ٩ ص ١٦١) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٢٢) .

حكم الاكراه في التصرفات القولية

ان الاكراه ، اذا توافرت فيه شروطه التي اوضحناها ، بان كان بدون حق وكان المجبر ذا قدرة على تنفيذه وخاف المكرَه متأثراً به خوفاً ينفي رضاه ، هـذا الاكراه يعدّ من عيوب الرضى .

فما معنى ذلك ؟ أو بعبارة أخرى ، ما هو أثر الاكراه بعد توافر شروطـه في تصرفات المكره القولية بوجه عام وفي عقوده بوجه خاص ؟

الجواب عند جمهور الفقهاء ، الائمـــة مالك والشافعي وابن حنبل والاوزاعي وداود الظاهري واتباعهم جميعاً وغيرهم ايضاً ، هو انه لا عبرة بالتصرفات القولية التي تجري تحت تأثير الاكراه . وان من اكره على شيء منها ، « ولم ينوِه مختاراً له ، فانه لا يلزمه » .

ولا فرق في ذلك عندهم بين انواع العقود والتصرفات القولية ، سواء منهـــا ما كان قابلاً للفسخ كالبيع والشراء والاجارة والهبة واشباهها ، أو ما كان غـــير قابل للفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق .

أما الحنفيون فقد شذّوا عن الجمهور ، وفرقوا في التصرفات بين ما يقبل الفسخ وما لا يقبله . فالفئة الاولى ، اذا جرت بتأثير الاكراه لم تصح . مثـــاله ورد في المجلة : « لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المعتبر ، ولا الشراء والايجار والهبة والفراغ [١] والصلح عن مال والاقرار والابراء وتأجيل الدين واسقاط الشفعة ، ملجئاً كان الاكراه او غير ملجىء . ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه صح » (المادة ١٠٠٦) .

ففي هذا اذاً لا خلاف بين الحنفيين وجمهور الفقهاء . ولكن الخلاف كان في فئة التصرفات التي لا تقبل الفسخ ، كالزواج والطلاق والعتاق . فهـــذه تصح في

---

(١) للاراضي الاميرية والموقوفة .

المذهب الحنفي ، وان جرت تحت الاكراه [١] .

ولا ريب في ان رأي الجمهور بعدم التفريق أعدل وأقرب للمصلحة والمبادىء الشرعية العامة . فلا يعقل ان يكون الزواج او الطلاق بالاكراه صحيحاً ، والنية شرط فيهما . هذا الى ما في ذلك من خطر على كيان العائلة والمجتمع جميعاً .

فلذا قد أحسن المشرع العثماني في قانون العائلة عندما نصّ على عدم صحة زواج المكره وطلاقه [٢] . وصدق ابن حزم عندما صرح ان « من فرق بين الامرين (من التصرفات القولية) فقد ناقض قوله ، وقد قال رسول الله (ص) : انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » [٣] . وهذا وحده بالجملة يوافق الآيات الكريمة والاحاديث الشريفة التي صدّرنا بها هذا البحث .

---

(١) انظر تفصيل المذاهب في حكم الاكراه في : المبسوط (ج ٢٤ ص ٥٦) ، والهداية (ج ٣ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٤) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٥ ص ١٨١ ـ ١٨٧) ، والام في الموضع المذكور ، والمجموع (ج ٩ ص ١٥٩) ، والوجيز (ج ٢ ص ٥٧) ، وشرح الخرشي (ج ٣ ص ١٧٥) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٢٨) ، والمغني (ج ٥ ص ٢٧٣ ، وج ٨ ص ٢٥٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٠٣ و١٤٠٦) ، والميزان للشعراني (ج٢ص١٢٨)، وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية المصري (المادة ٢١٧) ، وشرحه للابياني (ج ١ ص ٢٩٦ ـ ٩٨) .

(٢) راجع المادتين ٥٧ و ١٠٥ من هذا القانون ، وما سبقهما من الاسباب الموجبة . وهذا القانون معمول به في لبنان بموجب المرسوم الاشتراعي ذي العدد ٢٤١ الصادر في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ .

(٣) المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٠٣ .

الجواب عند جمهور الفقهاء الأئمة مالك والشافعي وابن حنبل والأوزاعي وداود الظاهري والثوري جميعاً وغيرهم أيضاً، هو أنه لا عبرة بالتصرفات القولية التي تجري تحت تأثير الإكراه. وان من أكره على شيء منها، [illegible] لا يلزمه.

ولا فرق في ذلك عندهم بين انواع العقود والتصرفات القولية، سواء منها ما كان قابلاً للفسخ كالبيع والشراء والإجارة والهبة والشفعة، أو ما كان غير قابل للفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق.

اما الحنفية فقد شذوا عن الجمهور، وفرقوا في التصرفات بين ما يقبل الفسخ

الباب الثالث

الشرط والاجل

الفصل الاول

الشـــرط

تمهيد

ليست العقود جميعاً على وتيرة واحدة من ناحية تنجيزها . بل هي متنوعـــة كتنوع المعاملات الاقتصادية ومقاصـــد المتعاملين وحاجاتهم وظروفهم . فالعقود لهذا ليست كلها بسيطة . فان بعضها منجز بالحال ، ولكن البعض الآخر يأتي احياناً معلقاً بشروط مستقبلة أو مقيداً بشروط معينة أو مضافاً الى المستقبل ومقـــترناً بما يسمونه الاجل .

فالعقد المنجز هو العقد البسيط الذي لا يتعلق حكمه بتحقق شرط ولا يتوقف على أجل ، بل تقع مفاعيله في الحال ، كما نرى في البيع الذي ينعقد بـــين البائع والمشتري ويتسلم فيه الاول الثمن والثاني المبيع في الحال دون تأجيل ولا قيد أو شرط . ومثل آخر : في الكفالة المنجزة بمقتضى المجـــلة ، يطالب الكفيل حالا ان كان الدين معجلا في حق الاصيل (المادة ٦٣٥) . وهـــذا النوع من العقود لا يحتاج الى زيادة في الايضاح .

ومن المعروف أن البحث الواحد كثيراً ما يكون ذا علاقة بابواب متعددة من ابواب الفقه . مثاله رأينا الاكراه كيف يكون في التصرفات الفعلية ، ثم درسناه

في باب العقود مع عيوب الرضى . وكذلك الشرط والاجل ، فهما لا يتعلقان بالعقود فحسب ، بل يكونان في سائر انواع الموجبات .

ولكن أغلب أستعمالها عادة هو في العقود . لذلك نتكلم عنها في قسم العقود والتصرفات القولية . فنبدأ بالشرط في هذا الفصل ، ثم نتبعه بالاجل في فصل قادم . والشرط نوعان : شرط التعليق وشرط التقييد . واليك بيان كل منهما [١] .

شرط التعليق

ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني ان « الشرط عارض مستقبل غير مؤكد الحصول يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه .... » (المادة ٨١) .

وشبيه به تعريف الفقهاء للشرط بانه تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى مرتبطة باداة الشرط [٢] . مثاله جاء في المجلة انه لو قال أحد لآخر « إن لم يعطِك فلان مطلوبك فانا اعطيكه » ، كان ذلك كفالة بالوعد المعلق (المادة ٦٢٣) ، أي تعهداً معلقاً بشرط عدم دفع المدين .

وينبغي في الشرط ليصح التعليق به ان يكون كما قال ابن نجيم ، « معدوماً على خطر الوجود » [٣] . وهاك تفسير ذلك :—

اولا — يجب ان يكون الشرط معدوماً عند العقد ، او بعبارة التعريف اللبناني ، يجب أن يكون عارضاً مستقبلا . فاذا كان الامر الذي يرتبط به التعليق موجوداً فلا يعتبر شرطاً ، ويعدّ المعلّق ثابتاً ومنجزاً في الحال . مثلا لو قال الدائن لغريمه : « ان كان لي عليك دين فقد ابرأتك » ، وكان له عليه دين برىء منه ، لان التعليق بامر كائن يعدّ تنجيزاً [٤] .

وبمعناه قال القانون اللبناني : « ان العارض الماضي او الحاضر ، وان جهله

---

(١) لن نبحث ههنا في معنى الشرط في أصول الفقه وعلاقته بالاحكام الوضعية . انظر في ذلك الاحكام في اصول الاحكام للآمدي (ج ١ ص ٦٧) ، ونهاية السول في شرح منهاج الاصول وبذيله الابهاج (ج ٢ ص ٩٨ وما بعدها) .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٤٨ .

(٣) الاشباه في الموضع المذكور .

(٤) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٤) ، والاشباه في الموضع المذكور .

الفريقان لا يعد شرطا بالمعنى المقصود ، في هذا البحث (المادة ٨١) .

ثانياً — ينبغي ان يكون الشرط « على خطر الوجود » ، أي ان يكون غير مؤكد وممكناً . فاذا كان مؤكد الحصول لم يكن شرطاً بل اجلاً ، كما سنوضح في الفصل الآتي . وكذلك يعتبر التعليق بالمستحيل باطلا [1] . ومعنى هذا شبيه بما جاء في تعريف القانون اللبناني الذي اثبتناه .

وقد بيّن الفقهاء العقود والتصرفات التي يجوز تعليقها بالشرط والتي لا يجوز . ونحن نسرد ما جاء في المسألة عند الحنفيين دون تفصيل لعلاقة ذلك بالفروع وببحث العقود الخاصة . فالضابط عندهم هو انه لا يصح التعليق بالشرط في التمليكات والتقييدات ، ويصح في الاسقاطات والالتزامات التي يحلف بها . واليك بعض الامثلة ، مع العلم بانها غير حصرية وانه وقع في بعضها او غيرها بعض الخلاف او بعض المستثنيات ، مما يضيق المقام عن تفصيله جميعاً .

فالتمليكات هي العقود وسائر التصرفات القولية التي فيها تمليك للعين او للمنفعة ، كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والهبة والصدقة والنكاح والاقرار والابراء والوقف والاعارة واجازة العقد والتحكيم وما أشبه . والتقييدات هي التصرفات التي فيها تقييد ، كعزل الوكيل وحجر المأذون والرجعة .

ففي التمليكات والتقييدات جميعاً لا يصح التعليق بالشرط . مثلا في الوقف لو قال الواقف « اذا كلمت فلاناً او اذا تزوجت فلانة وما اشبهه فارضي هذه صدقة موقوفة ، يكون الوقف باطلا ، لانه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لانه مما لا يحلف به » . وكذلك يبطل الاقرار المعلق ، كما لو قال « اقرّ بان لفلان عليّ الف درهم ان هبت الريح » ، وهكذا .

اما الاسقاطات والالتزامات التي يحلف بها ، كالطلاق والعتاق وما اليهما ، فيجوز تعليقها بالشرط مطلقاً . مثلا لو علق المولى حرية عبده بدخول دار فلان صح التعليق ، فاذا دخل الدار اصبح العبد حراً .

وقد وقع في بعض العقود خلاف وتفصيل . مثلا في الكفالة ، يصح التعليق بشرط متعارف ، نحو « اذا قدم فلان او اذا استحق المبيع فانا ضامن » . ولكن اذا كان التعليق بشرط محض ، نحو « ان دخل فلان الدار او ان هبت الريح او

---

(١) الاشباه في ذات الموضع .

ان جاء المطر » ، تصح الكفالة ويبطل الشرط [١] .

مفعول شرط التعليق

عند تحقق الشرط المعلق به العقد ، أيثبت مفعوله منذ تاريخ حصوله ، أم منذ تاريخ العقد ؟ وبعبارة أخرى ، أيثبت المعلق بالشرط من يوم تحقق الشرط ، أم يكون له أثر رجعي فيثبت من تاريخ العقد في الماضي ؟

قال الرومان بان تحقق الشرط له مفعول رجعي . وبهذا أخذ القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٧٩) . ولكن اجتهاد المحاكم الفرنسية اجاز للطرفين المتعاقدين اشتراط العكس ، اي الاتفاق على ان تبتدىء مفاعيل العقد الشرطي من وقت تحقق الشرط فقط [٢] .

ونظرية الاثر الرجعي هذه قد انتقدها بعض علماء القانون الفرنسيين [٣] . وهم على حق في نقدهم ، لانها تخالف نية المتعاقدين في غالب الاحيان . لذا نرى الشرائع الحديثة ، كالقانون المدني الالماني (في المادتين ١٥٨ — ١٥٩) وقانون الموجبات السويسري (المواد ١٥١ — ١٥٤) ، قد نبذت النظرية الرومانية ، واعتبرت تاريخ تحقق الشرط وحده مبدأ لمفاعيل التصرفات الشرطية الا اذا اتفق الفريقان فيها على اثبات الاثر الرجعي .

ونحن ، اذ نرى القوانين الحديثة والمؤلفين المعاصرين يطعنون على نظرية مفعول الشرط الرجعي ، نعجب من ان نرى قانون الموجبات اللبناني يأخذ بها مبدئياً ، ولا نعتقد ان تحفظه بان لا يمس تطبيقها الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن

---

(١) انظر تفصيل هذه العقود في : جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢ — ٦) ، والدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ٢٧٩ — ٢٨١) ، ومجمع الانهر شرح ملتقى الابحر (ج ٢ ص ١١١) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٨) ، وشرحه غمز عيون البصائر للحموي (ج ٢ ص ٣٢٥) ، والاسعاف في احكام الاوقاف للطرابلسي (مطبعة هندية سنة ١٩٠٢ ، ص ٣٠) ، ومنافع الدقائق شرح مجامع الحقائق (ص ٣٣٢) ، ومعين الحكام (ص ١٩١) .

(٢) انظر قرار غرفة الاستدعاءات في محكمة التمييز الفرنسية الصادر في ١٠ شباط سنة ١٩٢٥ :
(Req. 10 Fév. 1925, S. 1925, 1, 61)

(٣) جيرار (ص ٤٩٩) ، وكولان وكابتان (ج ٢ ص ١٦٧) .

النية (المادة ٩٥ فقرتها الاخيرة) ، كافياً لدرء مساوىء هذه النظرية من الناحيـة العمليـــة .

أما الشريعة الاسلامية ، فلم تقـل بنظرية المفعول الرجعي لشرط التعليق الصريح . بل انما قالت بعكس ذلك في القاعـدة الكلية الواردة في المجامع ان « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوته ، ومعدوم قبل ثبوت شرطه » . مثـلاً لو علق الزوج طلاق امرأته على دخول دار فلا تطلق امرأته من هذا الطريق قبـل الدخول الموقوف عليه [1] . وبمعناه جاء في المجلة ان « المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط » (المادة ٨٢) .

الا أن الامر يكون على خلاف ذلك في العقود والتصرفات التي تكون بحسب ماهيتها معلقة على شرط ضمني . فحينئذ يكون لتحقق الشرط أثر رجعي . وتعليـل ذلك ان الشرع يفترض في بعض الاحوال نتائج معينة بالاستناد الى شرط معين ، ومن ثم يعلق هذه النتائج بشرطها . فاذا تحقق الشرط نفـذت النتائج منذ وقت بداية اسبابها ، واذا لم يتحقق سقطت وعدت كأنها لم تكن .

مثاله تصرفات المريض في مرض الموت . فان بطلانهـا معلق بشرط حصول الموت . فاذا مات المريض بطلت ، واذا برىء نفذت . وكذلـك هو الحكم في جميع العقود الموقوفة . فهي تنفذ بالاجازة وتعتبر صحيحة منذ انعقادها ، ولكنها تبطل بعدم الاجازة وتعد كأنها لم تكن ابداً . ومن ذلـك أيضاً اجازة الورثة لوصية المورث وباقي تصرفاته الموقوفـة ، فانها تنفذ من وقت الوفاة لا من وقت الاجازة .

ومثل آخر : أن الجنين أو الحمل له اهلية الوجوب كما رأينا فيما يعود لنفعه ، فهو اهل لحقوق الارث والوصية والنسب . ولكن هـذه الحقوق معلقة بشرط ولادته حياً . فاذا ولد حياً ثبتت له هـذه الحقوق جميعاً منذ تاريخ سببها ، واذا ولد ميتاً بدون جناية فلا يثبت له شي منها على الاطلاق [2] .

---

(١) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٢ .

(٢) القواعد لابن رجب (القاعدة ٨٤ ص ١٧٨ و ٣٩٦) ، والمادة ٦٣١ من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .

شرط التقييد

معلوم ان الشرع وضع احكاماً عامة لجميع العقود ، واحكاماً خاصة لكل نوع منها . غير ان هذه الاحكام وضعت في الغالب تفسيراً لنية المتعاقدين . فلذا جاز لهؤلاء اشتراط شروط معينة تتوقف على علاقاتهم وظروفهم .

ولما كانت هذه الشروط تقيّد احكام العقد، فقد سمّيت شروط التقييد . فشرط التقييد اذاً هو ما اتفق عليه المتعاقدان ، بدون استعمال اداة الشرط ، لتحديد علاقاتهما، وتعيين موجباتهما، وتغيير احكام العقد العادية زيادة أونقصاناً . مثاله الشروط الخاصة بقسمة الارباح في عقد الشركة ، أو الخاصة بدفع الاجرة في عقد الاجارة ، او ما اشبه .

وان الاصل في ذلك القاعدة العامة الواردة في المجامع[1] وفي مجلةالاحكام العدلية (المادة ٨٣) ، وهي انه « يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان » . ويستخرج من هذه القاعدة الضابط المتواتر في مسائل الوقف ان « شرط الواقف كنص الشارع »[2] . ومن أمثلة هذا الضابط شروط الاستبدال والادخال والاخراج والزيادة والنقصان وغيرها المعروفة في كتب الوقف .

غير انه ينبغي لمراعاة الشرط ان يكون جائزاً لا فاسداً . فالشرط الجائز هو ما كان موافقاً للشرع . ويعتبر كذلك كل شرط من مقتضيات العقد ، كاشتراط حبس المبيع حتى قبض الثمن في عقد البيع ، او كل شرط ملائم للعقد ، كاشتراط الرهن تأميناً لدفع الثمن ، او كل شرط متعارف بين أهل البلد ، كاشتراط تسمير القفل في الباب عند شرائه[3] .

اما الشرط الفاسد ، فهو ما كان مخالفاً للشرع . ومن أهم أمثلة الفساد في الشروط ما كان منها غير ملائم لمقصود العقد أو التصرف القولي . مثلا يجب في

---

(١) المجامع وشرحه المنافع ، س ٣٣٥ .

(٢) وردت في المجامع ايضاً . انظر هذا الضابط ومستثنياته المذكورة في شرح المنافع ، س ٣٢١ - ٣٢٢ .

(٣) راجع الشروط الجائزة في البيع عند الحنفيين ، وعددها اثنان وثلاثون ، في الاشباه والنظائر لابن نجيم ، س ٨٣ .

الوقف بحسب تعريفه أن يكون مؤبداً . فاذا اشترط الواقف أن يكون موقتاً كان هذا الشرط فاسداً لمخالفته مقصود الوقف [١] . و كذلك من مقتضيات البيع ان يتملك المشتري المبيع وينتفع به . فاذا اشترط البائع ان لا ينتفع المشتري بالمبيع كان هذا الشرط باطلا .

وعلى كل حال ، ففي التفريق بين الشرط الجائز والشرط الفاسد خلاف بين المذاهب المختلفة وتفصيل في العقود الخاصة . ونحن لا نرى مجالا للتوسع في ذلك ، لخروجه عن بحثنا في المبادىء العامة للعقود والموجبات [٢] .

واخيراً فصّل الفقهاء في العقود والتصرفات بين التي تبطل بالشرط الفاسد والتي لا تبطل . فعند الحنفيين ، يفسد بالشرط الفاسد كل ما كان مبادلة مال بمال ، او ما كان بمعناه ، كالبيع والقسمة والاجارة والصلح عن مال والابراء عن الدين والمزارعة والمساقاة والوقف واجازة العقود الموقوفة والتحكيم عند ابي يوسف ، وما اليها .

وعلى العكس لا يبطل بالشرط الفاسد كل تصرف ليس فيه معاوضة مالية ، كالقرض والهبة والوصية والطلاق والعتاق والرهن والنكاح وغيرها من التصرفات ، التي بلغت عند بعضهم ستة وعشرين ونيف . فهذه الفئة من التصرفات لا يبطلها الشرط الفاسد ، بل انما تصحّ هي ويبطل الشرط وحده [٣] .

و كذلك في الفئة الاولى التي فيها معاوضة مالية ، يصحّ العقد ويلغو الشرط الفاسد اذا لم يكن لهذا الشرط نفع لاحد من المتعاقدين [٤] . مثلا في المجلة : « البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد العاقدين يصح والشرط لغو . فبيع الحيوان على ان لا

---

(١) الاسعاف ، ص ١٦ .

(٢) انظر تفصيل ذلك في البيع مثلا : المجلة (المواد ١٨٦ ـ ١٨٩) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٣١) ، والموافقات للشاطبي (ج ١ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٤) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٥٧) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٦٦) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٨٥) ، وبذيله الشرح الكبير (ص ٤٨) .

(٣) انظر جامع الفصولين (ج ٢ ص ٦) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ١٩٩ ـ ٢٠٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٧٩ ـ ٢٨١) ، ومجمع الانهر (ج ٢ ص ١١١ ـ ١١٥) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٨) . انظر في تاثير الشرط الفاسد ايضاً المادة ٨٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٤) مرشد الحيران ، المادة ٣٢٢ .

ببيعه المشتري لآخر او على شرط ان يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو » (المادة ١٨٩) .

الشرط وحرية التعاقد

أن بحث الشرط بحسب مجلة الاحكام العدلية وفي كثير من المذاهب الاسلامية من الامور الصعبة ، لما فيه من ضوابط وتفصيلات ، من ناحية بيان العقود التي يصح ربطها بشرط التعليق او يصح اقترانها بشرط التقييد ، ومن ناحية تعريف الشرط الفاسد وتأثيره على تلك العقود .

ولقد رأينا سابقاً في باب موضوع العقد [1] كيف تعدلت احكام المجلة في هذه المسألة بقانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني (المادة ٦٤) ، وبقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١٦٦) ، وكيف اصبحت الشروط خاضعة لمبدأ حرية التعاقد ، ما عدا ما كان منها مخالفاً للقانون او للاداب او للنظام العام او ما كان متعلقاً ببعض الامور الالزامية .

ولا شك في ان مبدأ حرية التعاقد موافق لروح الشريعة الاسلامية ، ولما بنيت عليه من عدل وتيسير . فقد جاء في الكتاب الكريم : « يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » [2] . ومعلوم ان الشرط الجائز ، كما اوضح ابن القيم ، هو « بمنزلة العقد بل هو عقد وعهد » [3] . وجاء في الحديث الشريف : « المسلمون على شروطهم الا شرطاً حرم حلالا او احلّ حراماً » [4] . وذكر البخاري بمعناه قول عمر بن الخطاب « ان مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت » [5] .

فاذن ، ان الشريعة الاسلامية تجوّز الشروط المتعامل بها في عرف الناس [6] ،

---

(١) في البند الثالث من الفصل الرابع من الباب الثاني ص ٨١ .

(٢) سورة المائدة (٥) ١ .

(٣) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٣٤٠ .

(٤) رواه الترمذي وابو داود وابن حبان والحاكم وغيرهم . وقيل انه حديث ضعيف . انظر بلوغ المرام لابن حجر (ص ١٧٩) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٩٤) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ٢١٥) ، والجامع الصغير للسيوطي ، ج ٢ رقم ٩٢١٣) .

(٥) شرح العيني على البخاري ، ج ١٣ ص ٢٩٨ .

(٦) شرح العيني ، ج ١٤ ص ٢١ .

الا اذا كانت هذه الشروط محرمة بالشريعة نفسها . فحينئذ لا تصح وفق القاعدة الكلية ان « ما ثبت بالشرع مقدم على ما وجب بالشرط »[١] .

ولقد ذكر ابن القيم الجوزية تأييداً لحرية الاشتراط أمثلة عديدة من النصوص واجماع الصحابة واقوال بعض الائمة ، لا سيما الامام ابن حنبل . ولقد صدق ابن القيم في تصوير هذا الاصل الشرعي العظيم ، وأصاب في نقد من قال بعكسه . فاعطى بذلك برهاناً ساطعاً جديداً على نضج تفكيره وعلى حسن تفهمه لمبادىء الشريعة ولاصولها الحقيقية .

قال ابن القيم بالحرف: « تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط امر قد تدعو اليه الضرورة او الحاجة او المصلحة فلا يستغني عنه المكلف.. والمقصود ان للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء . وانهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده . وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط وما لا يقبله . فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل ... » .

« وههنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله : احداهما ان كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان ، والثانية ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه ، وهو ما يجوز تركه وفعله بدون شرط ، فهو لازم بالشرط . ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء . وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة . ولا نعبأ بالمسائل المذهبية والاقوال الآرائية . فانها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع » .

« فمقاطع الحقوق عند الشروط . واذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد ، وليس بمشروط ، فكيف الوعد المؤكد بالشرط . بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر . وبالله التوفيق »[٢] .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٠٢

(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ص ٣٣٧ ـ ٣٤٠ .

بعض الشروط الخاصة

لا ريب في ان الشروط تختلف باختلاف العقود واختلاف الناس وحاجاتهم وظروفهم ورغباتهم ، وانه لا يمكن حصر هذه الشروط جميعاً في باب واحد وفي نظرية واحدة .

ويوضح ذلك ما نراه من ابحاث الشروط الحقيقية والفرضية العديدة التي تعرض لها الفقهاء في متونهم وشروحهم وحواشيهم وفتاويهم ، وما نراه منها ايضاً في كتب القانون الحديث . وهذه كلها معروفة في ابواب العقود الخاصة ، ولا مجال لبيانها في هذا المقام .

غير ان لبعض تلك الشروط أهمية من الناحية العملية ، وطرافة من الناحية العلمية . واهمها ما يسمونه اليوم الشرط الارادي المحض ، وشرط بقاء الترمل ، والشرط المقيد لحرية العمل . ونحن نسوق ههنا كلمة مربعة عن كل منها :-

اولاً - الشرط الارادي المحض .

ومعناه الشرط الذي يتوقف على مشيئة المتعهد وحدها . مثاله ان يعلق البائع البيع على مجرد ارادته بقوله : « ابيعك بعد شهر إن شئتُ » .

ففي قانون الموجبات والعقود اللبناني ، « يكون الموجب باطلاً اذا جُعل موقوفاً على ارادة الموجب عليه وحدها » (المادة ٨٤) .

وايضاً في الشريعة الاسلامية ، يعدّ مثل هذا التعهد باطلاً لسببين : اولهما لانه ليس فيه معنى الايجاب الحقيقي ، بل انما هو من نوع الوعد في المستقبل ، وهذا لا يلزم الواعد كما اوضحنا فيما مضى . والثاني انه تعليق بالشرط ، وهو لا يجوز في جميع التمليكات والتقييدات كما ذكرنا ايضاً .

مثاله قال قاضيخان : « لو قال (احد) ارضي صدقة موقوفة ان شئتُ او احببت او هويت ، كان الوقف باطلاً »[1] .

ثانياً - شرط بقاء الترمل .

وهو ان يشترط الزوج عدم زواج زوجته بغيره بعد وفاته ، كما لو وهبها

---

(١) الفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٣٣٧ ، بهامش الهندية) ، والاسعاف (ص ٣٠) .

مالا على ان لا تتزوج . فهذا الشرط خلافي ، لما فيه من تقييد للحرية الشخصية .

فالاجتهاد الفرنسي يجيزه اذا كان الباعث عليه سبباً معقولا ، كالاهتمام بمصلحة الاولاد او غير ذلك من الاسباب الوجيهة . ثم يعده فاسداً اذا لم يكن الدافع اليه الا الحسد والغيرة [1] .

وعلى هذا تمشى قانون الموجبات اللبناني ، فنصّ على صحة شرط بقاء الترمل « اذا وجد ما يصوّبه من الاسباب المشروعة ، وحق تقديرها يعود الى القاضي » (المادة ٨٣ فقرتها الاخيرة) .

وعند الانكليز فرّق الاجتهاد في شرط تقييد حرية الزواج بين المنع الجزئي والمنع التام . فالمنع الجزئي ، كما لو وهبَ الزوج هبة الى زوجته بشرط ان لا تتزوج برجل معين ، يعتبر جائزاً اذا كان مبنياً على سبب معقول . ولكن شرط المنع التام باطل في هبة الاشياء المنقولة مطلقاً ، وهو باطل ايضاً في هبة الاشياء غير المنقولة متى كان القصد منه تشجيع العزوبة [2] .

اما في الشرع الاسلامي ، فليس لهذا الشرط احكام خاصة ، بل انما هو خاضع للاحكام العامة لباقي الشروط . فان كان الشرط ملائماً لمقصود العقد او التصرف القولي وكان فيه نفع لاحد الطرفين فهو جائز . مثلاً ان « الوقف على امهات الاولاد [3] ... مالم يتزوجن ... جائز » [4] . وكذلك يجوز اشتراط الولاية في الوقف الى امرأة الواقف « مالم تتزوج ، فاذا تزوجت فلا ولاية لها » [5] .

ولا خلاف بين الائمة في صحة الوقف على شرط عدم الزواج . اما الوصية على مثل هذا الشرط ، فهي صحيحة عند ابي حنيفة ومالك والزهري ، وباطلة في المذهب الظاهري [6] .

ولكن هذا الشرط لا يجوز اذا لم يكن فيه نفع لاحد الطرفين . مثلاً لو طلق

---

(١) كولان وكابيتان ، ج ٣ ، سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٤٩ .

(٢) انظر كتاب قانون الاراضي تأليف تشاير ، لندن ١٩٣٣ ، ص ٥٢٥ .
(Cheshire's Modern Law of Real Property)

(٣) اي الجواري اللواتي استولدهن سيدهن .

(٤) الخانية ، ج ٣ ص ٣٥١ .

(٥) الهندية ، ج ٢ ص ٤٠٨ .

(٦) المحلى ، ج ٩ رقم ١٧٦٦ .

احد امرأته على ان لا تتزوج ، فالطلاق معتبر والشرط باطل [1] . ومعلوم ان الطلاق ، كما رأينا ، لا يفسد بالشروط الفاسدة .

وفي هذه المسألة نصّ قانون الاوقاف الذرية اللبناني الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ على انه « اذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط » ، وأنه « يعتبر باطلا كل شرط يقيد حرية المستحقين في زواجهم أو اقامتهم او استدانتهم لغير مصلحة راجحة » (المادتان ١٢ و١٣) .

ثالثاً — الشرط المقيد لحرية العمل .

هذا التقييد نوعان : تام وجزئي . فاذا كان تاماً ، كما لو تعهد احد أن يمنع نفسه من ممارسة حقه في التجارة أو الصناعة أو العمل بوجه عام غير محدود ، من حيث الزمان ومن حيث المكان ، فهذا المنع العام باطل في القانون اللبناني وفي اجتهاد المحاكم الفرنسية والانكليزية .

اما اذا كان المنع جزئياً ، كأن « يحبس فيه احد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدود » ، فهو جائز في القانون اللبناني وفي الاجتهاد الفرنسي . ولكن الاجتهاد الانكليزي تشدّد فيه ، ورفض ان يجيزه الا اذا كان معقولا بالقياس الى علاقات المتعاقدين وكان غير مضر بالمصلحة العامة [2] .

وبعد ، فاني لم أرَ شيئاً عند الفقهاء في هذا البحث . ولكن يستنتج من الضوابط الاساسية التي وضعوها للعقود أن شرط تقييد حرية العمل لا يمكن أن يكون جائزاً الا اذا لم يكن فيه غرر أو جهالة . فالغرر والجهالة موجودان حتماً في شرط التقييد التام ، ويحتمل وجودهما ايضاً في شرط التقييد الجزئي . اما عند عدم وجودهما في هذا الشرط الاخير ، فلست ارى ما يمنع صحته [3] .

---

(١) مجمع الأنهر ، ج ٢ ص ١١٣ .

(٢) انظر المادة ٨٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١١ من قانون العمل اللبناني، وحكم محكمة التمييز المدنية الفرنسية المؤرخ في ٢ آب سنة ١٩٣٨ (Civ.2 Août 1938, S. 1938,1, 287)، وحكم مجلس الاعيان الانكليزي الصادر عام ١٨٩٤ في قضية مكسيم نورد نفلت الشهيرة :
(The Maxim - Nordenfelt Gun Co. v. Nordenfelt, 1894, Ac. 535) .

(٣) راجع ما يشبه ذلك في الاجارة وفي بيوع الغرر : المادة ٥٦٢ من المجلة ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٢١) ، والمجموع (ج ٩ ص ٢٥٧ وما بعدها) ، وغيرها من المراجع التي ذكرناها في بحث موضوع العقد ص ٦٨ وما بعدها .

خيار الشرط

خلافاً للشرط الارادي المحض الذي أوضحناه ، يعتبر خيار الشرط او شرط الخيار جائزاً . وهو ان يشترط الطرفان أن يكونا ، او ان يكون احدهما ، او ان يكون شخص ثالث غيرهما في بعض المذاهب ، مخيراً في العقد بعد انعقاده اما بفسخه او باجازته في مدة معينة .

مثاله جاء في المجـلة انه « يجوز أن يشرط الخيار بفسخ البيع او اجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري او لاحدهما دون الآخر » . وان « كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيراً بفسخه في المدة المعينـة للخيار » . وان الفسخ او الاجازة كما يكونان بالقول يصحان بالفعل ايضاً . وانه اذا مضت المدة المعينة « ولم يفسخ ولم يجز من له الخيار لزم البيع وتم » . وذكرت المجلة خيار الشرط ايضاً في الاجارة وفي قسمة الاجناس المختلفة وقسمة القيميات المتحدة الجنس [١] .

وليس هذا الخيار جائزاً فيما ذكرنا من العقود فحسب . بل هو جائز ايضاً عند الحنفيين في جميع العقود التي تقبل الفسخ ، كالبيع والاجـارة والصلح عن مال والكفالة والحوالة والاقالة والقسمة والرهن والخلع وتسليم الشفعة وغيرها . ولكنه غير جائز فيما لا يقبل الفسخ من العقود والتصرفات ، كالنكاح والطـلاق والوكالة والاقرار والوصية والصرف والسلم وغيرها [٢] .

هذا عند الحنفيين . اما عند غيرهم ، كالشافعيين والحنبليين ، فان خيار الشرط لا يثبت الا في عقود المعاوضة اللازمة التي لا يشترط فيها القبض في المجلس ، كالبيع والصلح وما أشبه [٣] .

ويستند جواز خيار الشرط عند الفقهاء الى السنّة . فقد قال النبي (ص) الى حبّان بن منقذ الذي مرّ معنا ذكره فيما مضى : « اذا أنت بايعت فقل لا خلابة ،

(١) انظر المواد ٣٠٠ وما بعدها ، و ٤٩٧ وما بعدها ، و ١١٥٣ — ١١٥٤ من المجلة .

(٢) انظر الاشبـاه والنظائر لابن نجيم (٨٣) ، وشرحـه غمز عيون البصائر (ج ١ ص ٣٢٧ — ٣٢٨) ، والدر المنتقى (بهـامش مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٣) ، والبحر (ج ٦ ص ٣) .

(٣) المغني (ج ٤ ص ١١٩) ، وبذيله الشرح الكبير (ص٦٧) ، والمجموع (ج٩ص١٩٢) .

ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ، ان رضيت فامسك ، وان سخطت فارددها على صاحبها »[١].

وان بعض الائمة ، كأبي حنيفة وتلميذه زفر والشافعي وابن شبرمة والاوزاعي، استدلوا بهذا الحديث على انه لا يجوز ان تكون مدة الخيار اكثر من ثلاثة أيام. ولكن الصاحبين ابا يوسف ومحمد بن الحسن والامام ابن حنبل وغيرهم تركوا للمتعاقدين حرية تعيين المدة باكثر من ذلك . وبرأيهم اخذت مجلة الاحكام العدلية. اما الامام مالك فانه ، وان اجاز أن تزيد المدة على الثلاثة الايام ، الا انه حددها تحديداً يختلف باختلاف المبيعات[٢].

وقد اختلف الفقهاء ايضاً في مسألة توريث خيار الشرط . فعند الحنفيين ، كما قالت المجلة ، « خيار الشرط لا يورث . فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع . واذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار » (المادة ٣٠٦). وحجتهم « ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ، ولا يتصور انتقاله ، والارث فيما يقبل الانتقال »[٣] ، وان القصد منه التأمل لغرض من نفس صاحبه ، وان اهلية التأمل تبطل بالوفاة[٤]. والى هذا ايضاً ذهب ابن حنبل والثوري[٥].

اما مالك والشافعي ، فانهما قالا بتوريث خيار الشرط ، لأنه حق لازم ثابت لاصلاح المال ، فهو ينتقل الى الورثة كباقي الحقوق المالية اللازمة[٦].

وختاماً ، أجاز قانون الموجبات والعقود اللبناني شرط الخيار ، فنص على انه:

---

(١) رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني والبيهقي . انظر نيل الاوطار (ج ٥ ص ١٥٥) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٨٨) . وقدمنا معنا تخريج هذا الحديث ، بعبارة « اذا بايعت فقل لا خلابة » ، في بحث السفيه وبحث التغرير .

(٢) انظر الهداية (ج ٣ ص ٢٢) ، وشرح الحطاب (ج ٤ ص ٤١٠) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٧٢) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٢) ، والمجموع (ج ٩ ص ٢٢٥) ، واعلام الموقعين (ج ٤ ص ١٨) ، والمغني (ج ٤ ص ٩٥) .

(٣) الهداية ، ج ٣ ص ٢٤ .

(٤) مجمع الانهر ، ج ٢ ص ٢٩ .

(٥) الروض المربع (ج ٢ ص ٢١) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٧) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١١٤ ص ٣١٦) .

(٦) المجموع (ج ٩ ص ٢٠٥) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٤) ، وشرح المواق (بهامش الحطاب ، ج ٤ ص ٤٢١) ، والقوانين الفقهية في الموضع المذكور .

« يحق للفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بانه يريد البقاء على العقد أو فسخه . وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في اسقاط الدين ولا في بيع السلم . واذا لم يعين المهلة ... فكل فريق يمكنه ان يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره في مهلة كافية . واذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته في فسخ العقد أصبح العقد نهائياً من تاريخ انعقاده . واذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته في فسخ العقد عدّ الاتفاق كأنه لم يكن » (المادتان ٨٤ و ٨٥) . وقد أجاز هذا القانون توريث خيار الشرط (المادة ٨٦) .

البند الجزائي

ان البند الجزائي ، كما اسماه القانون اللبناني نقلاً عن التعبير الفرنسي [1] هو الاشتراط على انه بحالة تخلف المدين عن تنفيذ تعهده يلزم هذا باداء مبلغ معين الى الدائن لقاء العطل والضرر الناتج عن عدم تنفيذه .

فهذا الاشتراط لم تبحث فيه المجلة بل تركته لضوابط الشرط العامة . ولكن قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني (المادة ١١١) ، على غرار القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٥٢) ، بحث في البند الجزائي ، ونصّ على نفاذه وعلى انه ليس للمدين المتخلف أن يدفع اقل من المبلغ المشروط وليس عليه ان يدفع اكثر منه .

غير ان هذا المبلغ كثيراً ما يكون فاحشاً بالقياس الى الضرر الواقع ، لا سيّما عندما يكون البند الجزائي موضوعاً بقصد اكراه المدين على تنفيذ تعهده . لذا نظرت بعض الشرائع الحديثة ، كالقانون المدني الالماني (المادة ٣٤٣) ، والقانون اللبناني ، الى هذه الناحية ، فخولت القاضي حق تخفيض البند الجزائي الفاحش .

وهكذا نص قانون الموجبات اللبناني على ان : « للمتعاقدين ان يعيّنوا مقدماً في العقد او في صك لاحق قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المدين عن تنفيذ الموجب كله او بعضه . ولقدُ وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له ان يطالب بالاصل والغرامة معاً ، الا

---

(١) Clause pénale

اذا كان البندالجزائي قد وضع لمجرد التأخير او على سبيل اكراه المدين على الايفاء . ويحق للقاضي ان يخفض غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة . وللقاضي ان ينقص البدل المعين في البند الجزائي اذا كان قد نُفّذ قسم من الموجب الاصلي» (المادة ٢٦٦) .

وقد ثبت الاجتهاد اللبناني [١] ، وفاقاً للاجتهاد الفرنسي ، على اعتبار عدم لزوم اثبات الضرر ومقداره عند تطبيق البند الجزائي .

اما الاجتهاد الانكليزي فقد قيد حرية المتعاقدين بهذا الشأن ، واجاز للقاضي ان يدقق في المبلغ المشروط . فاذا كان قد وضع بقصد تحديد بدل الضرر الذي يمكن وقوعه [٢] فهو معتبر وملزم للفريقين ، وان كان في الواقع زائداً على الضرر الحاصل . ولكن اذا وضع كغرامة [٣] بقصد اكراه المتعهد على التنفيذ [٤] أو بقصد مجازاته على عدم التنفيذ فلا يصح ، وللقاضي ان ينبذه ويعيّن هو التعويض الحقيقي [٥] .

---

(١) انظر قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد ، الصادر في ١٢ تشرين الاول ١٩٤٥ ، عدد ١٦ .

(٢) Liquidated damages

(٣) Penalty

(٤) In terrorem

(٥) انظر القرار الصادر في قضية :
Dunlop Pneumatic Tyre Co . v . New Garage Co . (1915) , A . C . 79

الفصل الثاني

الاجل

تعريفه وصفاته

ان العقد ، كما قلنا ، على انواع : منجز وشرطي ومقترن باجـل . فالمنجز هو الذي ينعقد ويقع حكمه في الحـال . والشرطي هو الذي يكون معلقاً بشرط ، فلا ينعقد في الحال ، بل يتوقف انعقاده عـــلى تحقق الشرط ، كما اوضحنا في الفصل السابق .

اما العقد المقترن بأجل فهو عـــلى نوعين ايضاً : المضاف والموقت . فالعقد المضاف هو الذي يكون منعقداً في الحـــال ، ولكن حكمه لا يقع قبل حلول الوقت المضاف اليه . مثاله الاجارة المضافة ، كما عرفتها المجلة ، تنعقد في الحـال ، ولكن مفعولها يبتديء اعتباراً من تاريخ معين في المستقبل (المادتان ٤٠٨ و٤٤٠). والاجل في العقد المضاف سمّاه قانون الموجبات اللبناني الاجل المؤجل ، لانه يؤجل استحقاق الموجب ويوقف تنفيذه لحين حلوله (المادة ١٠١) .

والنوع الثاني من العقود المقترنة بأجل هو العقد الموقت . ومعناه العقد الذي ينعقد ويقع حكمه في الحال ، ولكن هذا الحكم ينتهي بحلول أجـل معين ، كما في الاجارة الموقتة لمدة معلومة . ويسمّى هذا الاجل في القانون اللبناني الاجـــل المسقِط (المادة ١١٧) .

وان جواز الاجـــل في الشريعة الاسلامية يستند الى الآية الكريمة : « واذا تداينتم بدينٍ الى اجل مسمّى ... » [١] ، والى الاحاديث المعروفـة في بيوع السلم

---

(١) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

وغيرها ، والى اجماع الفقهاء وتعامل الناس .

وصفة الاجل انه مؤكد الحصول ، وانه لا يمنع انعقاد العقد ، على ما سنبين قريباً . وبهذا يختلف الاجل عن شرط التعليق ، الذي هو غير مؤكد ، والذي يتعلق به انعقاد العقد الشرطي . مثاله رأينا في المجلة ان الكفالة تصح بالوعد المعلّق ، أي تصح معلقة بشرط عدم دفع المدين الاصيل . فالكفيل لا يطالب فيها الا عند تحقق الشرط ، أي عند عدم الدفع ، وهوامر ممكن لكنه غير اكيد الحصول . اما في الكفالة المضافة فان الكفيل يطالب متى حلّ الاجل ، وحلوله مؤكد لا محالة (المادتان ٦٢٣ و٦٣٦) .

فاذنْ الاجل ، كما عرفه القانون اللبناني ، هو « عارض مستقبل مؤكد الحصول ، من شأنه ان يقف استحقاق الموجب أو سقوطه ، ولا يكون له مفعول رجعي » (المادة ١٠٠) . وهو تعريف حسن ينطبق بمعناه على ما جاء في الشريعة الاسلامية .

وليس الاجل مختصاً بالعقود فحسب . بل انما يكون في غيرها ايضاً . مثاله ما رأيناه في التصرفات الفعلية من تأجيل دفع الدية في ثلاث ، سنين اذا كانت واجبة في جناية الخطأ او ما كان في حكمها [1] .

ولا بدّ من الاشارة اخيراً الى أننا لن نبحث ههنا في الاجل الممنوح من قبل القاضي للمدين المعسر ، وفاقاً للآية الكريمة « وان كان ذو عسرة فنظرةٌ الى ميسرة » [2] . ولكن يشترط في هذا الاجل تحقق الاعسار ، فعند عدم الاعسار « لا يجوز تأجيل القاضي لان الحق ليس له » [3] .

الاصل التعجيل

ينبغي في الاجل ان يكون منصوصاً عليه في العقد او مستنتجاً بالدلالة من ماهيته او من التعامل او العرف . وعند عدم الصراحة او الدلالة على التأجيل ،

(١) الجزء الاول ص١٥٢ .

(٢) البقرة (٢) ٠٢٨٠ انظر ما قلناه في هذه المسألة في كتابنا فلسفة التشريع في الاسلام (الفصل الثاني من الباب الخامس ص ٢٤٨) ، والمادة ١١٥ من قانون الموجبات اللبناني .

(٣) انظر الاشباه لابن نجيم (ص ٥٠) ، وتفسير الفخر الرازي (ج ٢ ص ٣٦١) .

يعتبر الالتزام نافذاً في الحال . وبمعناه ورد في القانون اللبناني انه « اذا لم يكن ثمة أجل منصوص عليه او مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا » (المادة ١٠١) .

ويوضح ذلك ما جاء في المجلة ان « البيع المطلق ينعقد معجلا . أما اذا جرى العرف في محل على ان يكون البيع المطلق مؤجلا او مقسطاً الى أجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الاجل. مثلا لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون ان يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزمه اداء الثمن في الحال . أما اذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن او بعض معين منه بعد اسبوع او شهر لزم اتباع العادة والعرف [1] في ذلك » (المادة ٢٥١) .

وكذلك في الاجارة : « ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد » (المادة ٤٨٦) . ومثل آخر : لو ان رجلاً عقد صلحاً عن جناية عمد ولم يذكر تأجيل بدل الصلح أو تعجيله فيكون البدل حالاً [2] .

تعيين الاجل

لا بدّ في الأجل من ان يكون معلوماً بوجه نافٍ للجهالة. وهذا كما ترى موافق لما قلناه في وجوب تعيين محل العقد على العموم . مثلاً في المجلة « يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط. فاذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوماً أو شهراً او سنة أو الى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم أو النيروز [3] صح البيع » (المادتان ٢٤٦ - ٢٤٧) . ولا شك انه يشترط في تأجيل الثمن الى النيروز وما أشبه ان يعلم البائع والمشتري بما بقي الى ذلك الاجل ، والا لم يصح البيع [4] .

---

(١) مثلا عادة « السبتية » ، اي الدفع يوم السبت ، عند تجار مدينة بيروت وغيرها .

(٢) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن (بهامش كتاب الخراج) ، ص ١٢١ .

(٣) هي تعريب كلمة « النوروز » الفارسية ، ومعناها اليوم الجديد . وكانت عيد اول السنة الشمسية عند الفرس القدماء . انظر بلوغ الارب في معرفة احوال العرب للالوسي (الطبعة الثانية ، ج ١ ص ٣٤٨) .

(٤) الفتاوى الخانية ، ج ٢ ص ٢٣٧ .

اما اذا كان تأجيل الثمن الى مدة مجهولة أو غير معينة كامطـار السماء ، أو الى اجل غير معقول كالف سنة ، فالبيع يكون فاسداً [١] . وكذلك هو الامر عند ابي حنيفة والشافعي في التأجيل الى الحصاد والدِّياس [٢] وما أشبه . ولكن مالكا وابن حنبل جوّزا ذلك ، لان الاجل معروف في مثل هذه الاحوال [٣] .

وأنت ترى ان مذهب الامامين مالك وابن حنبل أوفق لحاجات النـاس من هذه الناحيـــة . ولقد أحسن قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني بما اتى به من تعديل في هذه المسألة . ففيه لم يعد عدم تعيين النقاط الفرعية في العقد مفسداً له ، بل ان القاضي أن يعيّن هـذه النقاط وفاقاً لظروف الحال (المادة ٦٤) . وبمعناه ايضاً اقر قانون الموجبات والعقود اللبناني صحة الاجل غير المعيّن (المادة ١٠٠ فقرتها الاخيرة) .

العقود التي يصح ربطها بالاجل

ليست العقود جميعاً قابلة للتوقيت او للاضافة . فالعقود التي فيها معنى التمليك والتأييد لا يمكن ان تكون موقتة ، أي مربوطة باجل مسقط . ومن امثلة هـذه العقود البيع والنكاح والهبة والوقف وما أشبه . ولكن العقود التي ليس فيها هذا المعنى تصح موقتـــة ، بل لا تكون في الاغلب الا كذلك ، كما نرى في الاجارة والاعارة والوكالة والكفالة وما اليها .

وكذلك يجب التفصيل في العقود والتصرفات القولية لجهة جواز اضافتها الى المستقبل . ونحن نسوق ما جاء في ذلك عند الحنفيين .

فالعقود والتصرفات التي لا تتضمن التمليك فى الحال تصح اضافتها وحدها الى المستقبل . واهمها الاجارة والوكالة والكفالة والوصية والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوقف والطلاق والعتاق .

أما العقود التي هي من نوع التمليك في الحال ، فلا تصح اضافتها الى المستقبل ،

---

(١) المادة ٢٤٨ من المجلة ، والمجموع (ج ٩ ص ٣٣٩) .
(٢) بكسر الدال ، اي درس الزرع .
(٣) الهداية (ج ٣ ص ٤٠) ، والمجموع (ج ٩ ص ٣٤٠) .

لما في الاضافة من معنى القمار . وأهم هذه العقود هي البيع والهبة والقسمة والشركة والصلح عن مال والابراء عن الدين والزواج والرجعة وما الى ذلك [١] .

واخيراً يجوز تأجيل كل دين في الذمة الا بعض المستثنيات ، ومنها القرض لما فيه من خوف الربا [٢] . وان تأجيل الدين هذا جائز ، ولو كان ناتجاً عن عقد لا تصح اضافته الى المستقبل . مثلاً يصح تأجيل دفع المهر في عقد الزواج مع انه لا يصح اضافة عقد الزواج الى المستقبل . وكذلك يجوز تأجيل دفع الثمن في البيع ، وتأجيل تسليم المبيع في عقد السلم ، وهكذا [٣] .

مفاعيل الاجل

ان العقد المربوط بالاجل ، سواء اكان مضافاً أم موقتاً ، يعتبر منعقداً في الحال .

فالعقد الموقت هو بمنزلة المنجز ، من حيث ان حكمه يجري في الحال . لكنه خلافاً للمنجز ينتهي بحلول الاجل . فعندئذ تقف مفاعيله للمستقبل ، مع بقاء آثاره التي تمت قبل حلول الاجل صحيحة ومعتبرة .

مثاله نصّت المجلة على انه « لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقتة الا في مدة الكفالة . مثلا لو قال أنا كفيل من هذا اليوم الى شهر ، لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر ، وبعد مروره يبرأ من الكفالة » (المادة ٦٣٩) . وكذلك في الاجارة المعقودة لسنة يجري حكمها حالا ، ولكنها تسقط بمرور السنة ، وتظل مفاعيلها بخلال تلك المدة صحيحة .

اما العقد المضاف الى المستقبل فهو ينعقد في الحال . انما تقف مفاعيله حتى

---

(١) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٧) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ٢٠٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٨١ و ٥٢١ — ٥٢٢) .

(٢) الفتاوى البزازية (ج ١ ص ٥٣٨ بهامش الهندية) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٣ — ٢١٤) ، والمجموع (ج ٩ ص ٣٣٩) . انظر باقي المستثنيات في الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٥) .

(٣) انظر المادتين ١٢٣ و ٢٤٥ من المجلة ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ١٩٤) ، والهداية (ج ١ ص ١٦٧) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٢ ص ١٥٥) .

حلول الاجل المعين . وقد أوضحت المجلة ذلك، فقالت ان «الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها . بناء عليه ، ليس لأحد العاقدين فسخ الاجارة بمجرد قوله ما آن وقتها » (المادة ٤٤٠) . فهذه الاجارة إذاً معتبرة من وقت معين في المستقبل (المادة ٤٠٨) .

وهكذا يجوز للدائن في مثل هذه العقود ان يتذرع بالوسائل الاحتياطية للمحافظة على حقوقه ، كما سنوضح في بحث التنفيذ ومفاعيل الموجبات [1] .

ثم متى حل الأجل في العقد المضاف اصبح هذا العقد كأنه منجز ، فتبتدىء مفاعيله من هذا الوقت .

سقوط الاجل

ان الاجل مبدئياً يسقط بحلوله . وهو يسقط ايضاً باسباب اخرى ، أهمها وفاة المدين ، أو افلاسه ، او تنازله . واليك ايضاحها مع الخلاف الواقع في بعضها . وقبل ذلك لا بد من الملاحظة بانه لا تأثير لوفاة الدائن أو لافلاسه على الاجل مطلقا. فعليه مثلاً لا يحل ثمن البيع المؤجل بوفاة البائع [2] .

اولا – وفاة المدين .

ان جمهور الفقهاء المسلمين يقولون بحلول الاجل بوفاة المدين . وحجتهم في ذلك أن ذمة المدين تعطلت بموته ، ولا ذمة للورثة لانهم لم يلتزموا الدين ولا رضي الدائن بذمتهم ، وان حق الدائن تعلق بمال التركة . فمن مصلحة الورثة أنفسهم ان يحلّ الاجل لانه لا ميراث لهم الا بعد قضاء الدين .

ولم يشذّ عن الجمهور الا نفر قليل ، كابن حنبل . ففي المذهب المشهور عن هذا الامام لا يحلّ الدين المؤجل بوفاة المدين الا عند عدم الورثة أو عند تمنع هؤلاء عن توثيق الدين . أما إذا كان للمدين ورثة وقبلوا بتوثيق الدين برهن او كفالة ، فانهم

---

(١) الفصل الاول من الباب الاول من القسم الرابع ، والمادة ٦٥٦ من المجلة ، والمادة ١١١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) الفتاوى البزازية (ج ١ ص ٥٣٩) ، والدر المختار (ج ٢ ص ١٩٤) ، والام (ج ٣ ص ١٨٨) .

يرثون حق الاستفادة من الاجل كما يرثون باقي الحقوق المالية [١] .

اما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فانه نصّ في هذه المسألة على : « ان وفاة المديون تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الاجل مستحقة الايفاء ، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية » (المادة ١١٤) . وهو بذلك قريب من مذهب جمهور الفقهاء المسلمين ، وبعيد عن اجتهاد المحاكم الفرنسية ، الذي ذهب كمذهب ابن حنبل الى أن الاجل لا يسقط بوفاة المدين مبدئياً [٢] .

ثانياً - افلاس المدين .

هل ان افلاس المدين أو عجزه عن دفع ديونه يسقط الاجل ويجعل ديونه المؤجلة مستحقة حالا ؟ اختلف الفقهاء في الجواب عن ذلك .

فقال الحنفيون بانه لا تأثير للافلاس على الاجل . فعليه اذا كانت الديون التي بذمة المفلس بعضها حالّ وبعضها مؤجل ، فيقسم ماله بين الغرماء الذين حلت ديونهم ، ثم عند حلول الاجل يشاركهم أصحاب الديون المؤجلة فيما قبضوا بالحصص [٣] . والى هذا ذهب ايضاً الامام ابن حنبل في الرواية المشهورة عنه ، وذهب اصحاب المذهب الظاهري [٤] .

ولكن هذا الرأي فيه حرج على اصحاب الديون المؤجلة ، وفيه خطر على حقوقهم ، وغبن عليهم بالقياس الى اصحاب الديون الحالّة . لذلك كان رأي الامام مالك في هذه المسألة اوفق للمصلحة واعدل من ناحية المساواة بين الغرماء . ففي مذهب هذا الامام ، تحلّ بافلاس المدين الديون المؤجلة التي عليه [٥] . وبهذا الرأي اخذ

---

(١) الدر المختار والام في الموضع المذكور ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٨٦) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٧) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٥ - ٤٨٧) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٤٤ ص ٣١٧ ، والقاعدة ١٤٩ ص ٣٢١) ، والمهذب (ج ١ ص ٣٢٨) ، وجامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٤) .

(٢) انظر قرار محكمة التميز المدنية الصادر في ٢٣ آب سنة ١٨٧١ (Civ . 23 Août 1871 . D . P . 71 . 1 . 131) ، وقاموس دالوز العملي (تحت كلمة موجبات Obligations رقم ٢٢١) .

(٣) الفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٧١) ، ورد المحتار على الدر المختار (ج ٥ ص ١٣١) .

(٤) المحلى (ج ٨ رقم ١٢٨٠) ، والمغني في الموضع المذكور .

(٥) المدونة الكبري وبداية المجتهد في الموضع المذكور .

ايضاً قانون الموجبات اللبناني (المادة ١١٣) ، وقوانين التجارة العصرية [١] .

اما الامام الشافعي فانه بعد ان استعرض المذهبين المتناقضين ، قال « والله تعالى اعلم » ، دون ان يفاضل بينهما [٢] . ولكن اصحابه رجّحوا المذهب الاول ، واعتبروا ان الاجل لا يحلّ بالافلاس على الاصح [٣] .

ثالثاً — تنازل المدين .

هل ان الاجل من حق المدين فيجوز تنازله عنه ؟ ام انه من حق الدائن فلا يجبر على قبول الايفاء قبل حلوله ؟ ام انه يجب التفصيل باتباع مذهب وسط بين الاثنين؟ انقسمت اراء الفقهاء في هذه المسألة ، وتفرقت بين هذه المذاهب المختلفة .

فقالت طائفة ، كالظاهرية : « إنْ اراد الذي عليه الدين المؤجل ان يعجّله قبل اجله بما قلّ او كثر لم يجبر الذي له الحق على قبوله اصلاً ، سواء في كل ذلك الدنانير والدراهم والطعام كله ، والعروض كلها والحيوان» ، الاّ ان يكون التعجيل برضى الدائن نفسه [٤] .

وقالت طائفة اخرى ، كالحنفيين ، بان «من له الاجل يستبدّ باسقاطه لانه خالص حقه » ، وان الاجل من حق المدين وحده ، فله اسقاطه وقضاء الدين المؤجل قبل حلول اجله واجبار الدائن على قبضه [٥] .

واخيراً توسط بعض الفقهاء ، كمالك والشافعي ، وقالوا بان الدين ان كان مما لا مؤونة في حمله ونقله أجبر الدائن على قبضه ، والعكس بالعكس . وهكذا عند امتناع ذي الحق من أخذ حقه فرّق الشافعي بين حالتين : —

الاولى ، اذا كان الحق من الطعام والحيوان أو ما أشبه . ففي هذه الحالة لا يجبر الدائن على قبض حقه قبل الاجل لان من مصلحته الرفض . فبعض هذه الاشياء ، كالاكل والشرب يتغير مع الزمن . وبعضها ، كالحيوان ، يحتاج الى رعي ونفقة .

---

(١) انظر قانون التجارة العثماني (الماده ١٥٤) ، وقانون التجارة اللبناني (المادة ٥٠٥) .

(٢) الام في الموضع المذكور .

(٣) الوجيز ، ج ١ ص ١٧٠ .

(٤) المحلى ، ج ٨ رقم ١٢٠٠ .

(٥) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٣٢٢) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٦) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٤ ص ١٦٦) .

أما في الحالة الثانية ، أي إذا كان الحق من غير هذه الاموال ، كالذهب والفضة والنحاس وغيرها من العروض ، فالدائن مجبر على استيفاء حقه ولو قبل الاجل [١] .

وبعد ، فواضح ان في المذهب الاخير كثيراً من الصحة والعدل . فالاجل ، وان كان في الاصل موضوعاً لمصلحة المدين ، الا انه يوضع أحيانـــاً لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة الطرفين معاً . ونحن نرى ما يقرب منـه في النظريات العصرية . مثاله نص القانون اللبناني على انه « لا يجوز اجبار الدائن على قبول الايفاء قبـــل الاجل ، إلا اذا كان الاجل موضوعاً لمصلحة المدين وحده ... » (المادة ٣٠٣) .

---

(١) الام (ج ٣ ص ١٢١) ، والمحلى في الموضع المذكور .

[illegible]

التيسير آراء الفقهاء في هذه المسألة ، وفرقت بين هذه المذاهب المختلفة .

فقالت طائفة ، كالظاهرية : « إن أراد الذي عليه الدين المؤجل أن يعجّل قبل الأجل شيئاً منه أو كله لم يجبر الذي له الحق على قبوله أصلاً ، سواء في كل ذلك الدنانير والدراهم والطعام كله ، والعروض كلها والحيوان ، إلا أن يكون التعجيل برضى الدائن نفسه » .

وقالت طائفة أخرى ، كالحنفية : « إن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه » ، وإن الأجل حق المدين وحده ، فله إسقاطه وقضاء الدين المؤجل قبل حلول أجله وإجبار الدائن على قبضه .

واختار أمراً وسطاً بعض الفقهاء ، كمالك والشافعي ، وقالوا : إن الدين إن كان مما لا ضرر في قبضه قبل محله أجبر الدائن على قبضه ، وبالعكس بالعكس . [illegible] امتناع ذي الحق من أخذ حقه فرّق الشافعي بين حالتين :

الأولى : إذا كان الحق من الطعام والحيوان أو ما أشبه ، ففي هذه الحالة لا يجبر الدائن على قبض حقه قبل الأجل لأن من مصلحته الرفض ، فبعض هذه الأشياء ، كالأكل والشرب يتغير مع الزمن ، وبعضها ، كالحيوان ، يحتاج إلى علف ونفقة .

---

(١) [illegible]
(٢) [illegible]
(٣) [illegible]
(٤) [illegible]
(٥) [illegible]

الباب الرابع
مفاعيل العقود وحلّها

الفصل الاول

مفاعيل العقود

تفسير العقود

بعد درس انعقاد العقـــد والشروط المطلوبة لذلك ، لا بدّ من بيان أثره الشرعي ، من ناحية مضمونه من جهة ، ومن ناحية الاشخاص الذين يتأثرون به من ناحية اخرى

فمضمون العقد يختلف باختلاف نوعه ، أهو بيع أم اجارة ام هبة ام عقد آخر ، ويختلف ايضاً باختلاف علاقات الطرفين المتعاقـــدين وما اشترطاه فيه من شروط وتعهدات .

وكثيراً ما يحتاج الامر لاجل تفهم هـــذا المضمون الى تفسير العقد وبيان نية المتعاقدين الحقيقية ، وَفقَ القاعدة الكلية « ان الامور بمقاصدها » وان « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمبـــاني » (المادتان ٢ و٣ من المجلة) ، تلك القاعدة التي بنيت على الحديث الشريف « انما الاعمال بالنيـــات وانما لكل امرىء ما نوى » .

ويخضع العقد من هذه الجهة الى قواعد القصد العامة التي تشمل جميع التصرفات الشرعية . وقـــد أوضحنا هذه القواعد بصورة مفصلة في غير هـــذا المعرض ،

فلتراجع[1] . ونحن لن نعود اذاً الى ايضاحها ، بل نكتفي بتلخيصها وبسرد ماجاء منها في المجلة ، على سبيل التذكير ليس إلا . وها هي : —

اولاً — عند تعارض النية والظاهر يعمل بالنية ، الا إذا تعلق بالظاهر حق الغير أو اذا تعذرت معرفة النية . فحينئذ يعمل بالظاهر اضطراراً وعلى سبيل الاستثناء . فبعبارة المجلة ، « دليل الشيء في الامور الباطنـــة يقوم مقامه . يعني انه يحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته » (المادة ٦٨) .

ثانياً — ان الاصل في الكلام ان يحمل على حقيقة معناه . وهو لا يحمل على المعنى المجازي الا اذا تعذرت الحقيقة أو اذا كانت مهملة بدلالة العادة . ثم لا يهمل الكلام الا اذا تعذر اعماله ، اي حمله على معنى (المواد ١٢ و ٤٠ و ٦٠ - ٦٢) .

ثالثاً — « لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح » . و « المطلق يجري على اطلاقه ، اذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة » (المادتان ١٣ و ٦٤) .

رابعاً — أن بنود العقد تكمل وتفسر بمـــا هو المعهود عرفاً وعادة ، لان « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، وأن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (المادتان ٤٣ و ٤٥) .

أثر العقد لجهة الاشخاص

معلوم أن العقد رابطة شرعية بين عاقدين أو اكثر ، وأن أساس هذه الرابطة هو التراضي بينهم . فكان طبيعياً أن يكون العقد ملزماً للمتعاقدين دون غيرهم ، وأن يكون أثر العقد منحصراً فيهم بمنافعه وواجباته .

ولا ريب في اننا عندما نذكر المتعاقدين نقصد المتعاقدين الحقيقيين انفسهم ، لا من ينوب عنهم بالولاية أو بالوكالة . فواضح أن العقد الذي يجريه الاب بولايته على ابنه الصغير أو الذي يجريه الوكيل بوكالته عن موكله ، هذا العقد ينفذ حكمه على الصغير دون الاب في الحالة الاولى وعلى الموكل دون الوكيل في الحالة الثانية .

وقد الحق بالمتعاقدين من يقوم مقامهم ، أو بعبارة عصرية من كان خلفاً عاماً

---

(١) في الفصل الثالث ، من الباب الخامس من كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » (ص ٢٥٦) ، وفي هذا الكتاب (ص ٢٨) .

لهم ، كالورثة والموصى لهم والغرماء[١]

فالورثة يتـأثرون بعقود مورثهم ، فتنتقل اليهم الحقوق التي يمكن توريثها ، وتجب عليهم التزامات المورث المالية ضمن حدود التركة . وسنوضح كل ذلك في باب انتقال الموجبات .

وكذلك تعدّ عقود المدين غير المحجور عليه معتبرة تجـاه دائنيه ، الا في بعض الاحوال الخاصة التي يجوز لهم فيها ان يطعنوا على تلك العقود ، كما سنوضح ايضاً في باب مفاعيل الموجبات بوجه عام .

التعاقد لمصلحة الغير

ان العقد في الاصل ، كما قلنا ، ينحصر أثره في العاقدين أو من يقوم مقامهم . وفيما عداهم لا ينفذ هذا الاثر على الغير . ولكن هل يصح التعاقد لمصلحة الغير[٢] ؟ أي ان يتفق العاقدون على أن تعود مفاعيل العقد الى شخص ثالث أجنبي عنه ؟ وهل يعطى الاجنبي في مثل هذا التعاقد الحق بالاستفادة من العقد ومطالبة المتعهد بتنفيذه لمصلحته ؟

ان الشريعة الاسلامية لم تقر ذلك . نعم في الوقف يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لاشخاص معينين أو غير معينين أو غير موجودين . ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة في كتب الوقف ، وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود.

وكذلك رأينا ان الشريعة الانكليزية توجب في العقود أن يصدر سببها عن العاقد الآخر ، فلا يجوز من ثم التعاقد لمصلحة الغير في هـذه الشريعة[٣] ، الا في بعض المستثنيات كعقود الضمان (السيكورتاه) ، وما أشبه .

وعلى العكس من ذلك ، فان هذا التعاقد لمصلحة الغير جوّزه الاجتهـاد في فرنسا وسكوتلندا ، وجوّزه القانون في المانيا ولبنان وغيرها من البلاد[٤] .

---

(١) انظر ما جاء في هذه المسألة في المادتين ٢٢٢و ٢٢٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) Stipulation pour autrui

(٣) كتاب آنسون المذكور ، ص ٩٦ .

(٤) جوسران (ج ٢ رقم ٢٧٠ وما بعده) ، والمادة٣٢٨ من القانون المدني الالماني ، ومقال الاستاذ نورماند (W. G. Normand) في مجلة القانون الفصلية لسنة ١٩٣٩ (ص ٣٦٥) .

وهاك ما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني في هذه المسألة : -

« ان الصفة النسبية في العقود تحتمل شذوذات من الوجـــه الايجابي ، فيجوز المرء ان يعاقد باسمه لمصلحة شخص ثالث بحيث يصبح هذا الشخص دائنـاً للملتزم بمقتضى العقد نفسه . وان التعاقد لمصلحة الغير يكون صالحاً معمولا به : أولا - حينما يكون متعلقاً باتفاق ينشئه المعاقد في مصلحته الخاصة مالية كانت أو أدبيـة . ثانياً - حينما يكون شرطاً او عبئاً لتبرع بين الاحياء او لتبرع في الايصاء رضي به العاقد لمصلحة شخص آخر (التبرع بشرط) » (المادة ٢٢٧) .

« ان الشخص الثالث المستفيد من قبل ذلك التعاقد يصبح حالا ومباشرة دائناً للملتزم » (المادة ٢٣٠) .

« ان المعاقد لمصلحة الغير يحق له الرجوع عن تعـاقده ما دام الشخص الثالث المستفيد لم يقبله صراحة او ضمناً » (المادة ٢٣١) .

الفصل الثاني

حل العقود

اسباب الحل

ان الالتزام الناشيء عن العقد هو كباقي الالتزامات حق شخصي لا يكون في الاصل ابديًا ، بل موقتاً ينتهي باسباب معلومة معينة ، اهمها الايفاء والابراء والمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتجديد .

فهذه كلها ليست مختصة بالعقود فحسب ، بل هي اسباب عامة لسقوط جميع الموجبات على ما سنبين في القسم الآتي .

غير ان للالتزام العقدي اسباباً خاصة للسقوط ، تنتج عن حلّ العقد قبل تنفيذه ، او في اثنائه ، او بسبب انتهاء مدته .

فلقد رأينا كيف يكون الاجل المسقط سبباً لانحلال العقد في العقود الموقتة ، كالاجارة وغيرها ، ولكن هذا لا علاقة لنا به ، لانه يختلط بتنفيذ العقد نفسه .

وفيما عدا هذا توجد اسباب متعددة لانحلال العقد . وهي تختلف باختلاف انواع العقود التي مرّت معنا . فمنها الاقالة في العقود اللازمة . ومنها الفسخ في العقود غير اللازمة بطبعها او بسبب وجود احد الخيارات . ومنها البطلان او الفساد في العقود غير الصحيحة . فنحن نمرّ بهذه الاسباب مراً سريعاً ، ثم نوضح بعد ذلك اثر عدم التنفيذ او استحالته على بقاء العقد اذا كان من فئة عقود المعاوضة .

وملاحظة : استعملت كلمة الفسخ في كتب الفقه احياناً بمعنى رفع العقد من اصله [1] ، كما في الفسخ بسبب احد الخيارات ، واستعملت ايضاً بمعنى رفـــع العقد

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٤ ص ١٩٧ .

المستقبل ، كما في احوال فسخ العقود الجائزة او غير اللازمة . اما قانون الموجبات اللبناني ، فانه سمّى حلّ العقد الغــاء اذا كان ذا أثر رجعي ، وسمّاه فسخاً اذا اقتصر أثره على المستقبل (المادة ٢٣٨) .

الاقالة

بعد انعقاد العقد الصحيح النافذ اللازم ، يلتزم المتعاقدان بتنفيذه . فلو ندم احدهما واراد الرجوع عنه ، لم يجز له ذلك الا برضى الفريق الآخر وموافقتــه . ويبرر هذا ان العقد انعقد بالتراضي ، فلا يحــله الا التراضي نفسه . أو كما قال الزيلعي : « ان احــد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد ، لان العقد حقهما »[١] .

وانه لمن الامور المستحبة في الشريعة أن يتراضى الفريقان عـلى الرجوع عن العقد عند ندمهما أو ندم احدهما . وهذا ما يسمّى الاقالة . فقد جاء في الحـــديث الشريف : « من أقال نادماً اقاله الله يوم القيامة »[٢] .

وتعريف الاقالة شرعاً هو رفع العقد وازالته باتفــاق الفريقين في العقود اللازمة[٣] . او قل هو الاتفاق على عكس مضمون الانعقاد . فلذا اسماه الرومان رضى العكس[٤] .

وتكون الاقالة في العقود اللازمة ، أي التي لا يستقلّ احد الفريقين بالرجوع عنها دون موافقة الآخر . ويشترط أيضاً لصحة الاقالة أن تتعلق بعقد يقبل الفسخ كالبيع والاجارة ونحوهما ، لا فيما لا يقبل الفسخ من العقود والتصرفات ، كالنكاح والطلاق والعتاق والابراء[٥] .

---

(١) ذات المصدر ، ص ١٩٨ .

(٢) رواه البيهقي . ورواه ايضاً ابو داود وغيره بعبارات مختلفة. انظر سنن ابي داود (ج٣ رقم ٣٤٦٠) ، والفتح الكبير (ج ٣ ص ١٦٨) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٢٠٣) .

(٣) البحر (ج ٤ ص ١٠١) ، والمادة ١٦٣ من المجلة .

(٤) Contrarius consensus

(٥) الدر المختار (ج ٢ ص ٢٤١) ، والبحر في الموضع المذكور ، والاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٧٨ — ١٧٩) .

ولقد درس الفقهاء والمجلة مسألة الاقالة في عقد البيع بصورة خاصة . واختلفوا أهي فسخ لعقد البيع أم بيع جديد ؟ فقال جمهور الفقهاء انها فسخ للعقد الاول . وشذ عنهم من الحنفيين الامام ابو يوسف ، فقال ان الاقالة بيع . ومثله قال الامام مالك الا في بيع الطعام والشفعة وبيع المرابحة [١] .

اما شروط الاقالة ، فهي مبدئياً نفس شروط الانعقاد ، من ايجاب وقبول واتحاد مجلس وما أشبه . بناء عليه ، يلزم في اقالة البيع ان يكون المبيع قائماً . فاذا تلف كله لا تصح الاقالة، واذا تلف بعضه تصح في الباقي بحصته من الثمن المسمى . ولكن هلاك الثمن لا يكون مانعاً منها [٢] .

وكما يصح الانعقاد بالرضى الصريح او الضمني ، كذلك تصح الاقالة صراحة او دلالة . ففي المجلة وعند جمهور الفقهاء تجوز الاقالة بالتعاطي الفعلي [٣] . وايضاً تجوز اقالة الاقالة بنفس الطريقة والشروط [٤] .

الفسخ في العقود الجائزة

قلنا في صدر هذا القسم [٥] ان العقود النافذة تنقسم من حيث لزومها الى ثلاث فئات . الاولى فئة العقود اللازمة ، وهذه قلنا الآن انها لا تنحل إلا بالاقالة وفي الاحوال التي تحتمل الفسخ فقط .

والثانية والثالثة هي العقود الجائزة او غير اللازمة من الجانبين او من جانب واحد . فهذه العقود يجوز فيها الفسخ لمن كانت جائزة من قبله .

فالعقود الجائزة او غير اللازمة من جانب الفريقين يجوز فيها لكل منهما ان

---

(١) انظر في هذه المسألة : البدائع (ج ٥ ص ٣٠٦) ، والبحر في الموضع المذكور ، والفتاوى البزازية (ج ١ ص ٤١٢ بهامش الهندية) ، والانقروية (ج ١ ص ٢٩٥) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٤٠) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ١٩٨) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٧٦ — ٧٧) ، والاشباه للسيوطي في الموضع المذكور ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٣٨٤) ، والمغني (ج ٤ ص ٢٢٥) ، والقواعد لابن رجب (ص ١٠٩ و ٣٧٩ — ٣٨٣) .

(٢) المواد ١٩٠ — ١٩٦ من المجلة .

(٣) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١١) ، والمادة ١٩٢ من المجلة .

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٨٤ .

(٥) الفصل الثاني من الباب الاول ص ١٦ .

يفسخ العقد دون رضى الآخر. مثاله في الشركة ينفسخ العقد بفسخ أحد الشريكين. وايضاً في الوكالة يجوز لكل من الوكيل او الموكل ان يفسخ العقد، الا اذا تعلق بالوكالة حق الغير. وكذلك في الوديعة لكل من المودع والوديع فسخ العقد متى شاء [1]، وهكذا.

والعقود اللازمة من جانب والجائزة من الجانب الآخر يجوز فسخها باتفاق الفريقين، او بطلب الفريق الذي تكون جائزة من جانبه، كما في الرهن والكفالة. مثلا في الرهن للراهن او المرتهن ان يفسخا الرهن باتفاقهما، وكذلك للمرتهن ان يفسخه وحده. ولكن ليس للراهن هذا الحق بدون رضى المرتهن [2].

وان الفسخ في جميع هذه الاحوال لا يتوقف على حكم الحاكم [3]، ولا يكون له أثر رجعي. بناء عليه يعتبر الفسخ ابتداء من حينه، دون ان يؤثر في مفعول العقد الذي تم قبل ذلك الحين. فاذا عزل الموكل الوكيل مثلاً، تنتهي وكالته من وقت وصول خبر العزل اليه، ولكن يبقى تصرفه صحيحاً الى ذلك الوقت (المادة ١٥٢٣).

الفسخ بسبب احد الخيارات

ان العقود غير اللازمة التي ذكرناها هي على هذه الصفة بطبعها وبحسب ماهيتها، لان الغرض المقصود منها يقتضي ذلك [4].

غير ان العقد، وان كان بطبعه لازماً، يكون احياناً غير لازم بسبب وجود احد الخيارات فيه. ومعنى الخيار، كما اوضحنا سابقاً، هو الحق المعطى لاحد العاقدين بان يختار فسخ العقد او امضاءه حسب ارادته.

ويثبت الخيار في العقد اما برضى المتعاقدين، واما بدون رضاهما. فمن الفئة الاولى خيار الشرط، وقد فسرنا معناه واحكامه في الباب السابق.

ومن الفئة الثانية الخيارات التي تنجم عن وجود شائبة او عيب في رضى احد

(١) المواد ١٣٥٣ و ١٥٢١ و ١٥٢٢ و ٧٧٤ من المجلة.

(٢) المواد ٧١٦ ـ ٧١٨ منها.

(٣) القواعد لابن رجب، القاعدة ٦٣.

(٤) الفروق، ج ٤ ص ١٣.

المتعاقدين، كالغلط والغبن والتغرير والاكراه . فاذنْ يدخل في عداد هذه الخيارات خيار الوصف وخيار العيب وخيار الغبن والتغرير وخيار الرؤية وغيرها .

ولقد اوضحنا كثيراً من هذه الخيارات في ابحاثنا الماضية . وعلى كل فتفصيل الخيارات جميعاً يخرج عن موضوعنا في المبادىء العامة ، ويرجع الى بحث العقود الخاصة وفروعها . هذا الى ان طائفة منها اثارت خلافاً بين المذاهب ، من حيث ثبوتها في بعض العقود دون الآخر ، ومن حيث احكامها ونتائجها[1] .

ويوضح ذلك ما رأيناه في خيار الرؤية . فقد قبل به بعض الفقهاء كالحنفيين ، ورفضه غيرهم كالشافعيين . وايضاً رأينا ان عقد المكره تجوز اجازته بعد زوال الاكراه في المذهب الحنفي ، ولا تجوز في المذهبين الشافعي والحنبلي .

والخلاصة التي نقصد اليها هي ان صاحب الخيار يقدر على امضاء العقد أو على حلّه كيفما شاء دون رضى الآخر ، وان خياره هذا يسقط بالاجازة الصريحة أو الضمنية ، أي بكل ما يدلّ على رضاه بامضاء العقد بعد علمه بزوال سبب الخيار. واذا أمضاه على هذا الوجه يصبح بعدئذٍ لازماً .

فاذن العقد الذي فيه أحد هذه الخيارات لا ينفسخ بنفسه، بل يحتاج الى فسخ . ولكن هذا الفسخ في القول السائد يباشره العاقد بنفسه دون حكم الحاكم ، الاّ في بعض المستثنيات[2] ، أو في الاحوال التي يحصل فيها نزاع بين الطرفين . فحينئذٍ لا بد من حكم الحاكم لاثبات الفسخ أو عدمه .

عدم الاجازة في العقود الموقوفة

من أسباب انحلال العقد عدم اجازة من يتوقف نفاذ العقد على رضاه في فئة العقود الموقوفة .

مثاله رأينا في عقود الفضولي ان الرأي السائد عند الفقهاء المسلمين يعتبره عقداً موقوفاً على اجازة صاحب الحق . فان اجازه نفذ ، والا فسخ وعد كأنه لم يكن .

---

(١) انظر الخيارات التي تثبت في البيع مثلا في البحر (ج ٦ ص ٢) ، ومعين الحكام (ص ١٨٩) ، والاشباه للسيوطي (ص ١٨٠) .

(٢) القواعد لابن رجب (القاعدة ٦٣ ص ١١٦) ، والاشباه لابن نجيم (ص ١٣٥) ، والاشباه للسيوطي (ص ١٧٨) .

وكذلك ايضاً رأينا امثلة أخرى من ذلك في عقود الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر ، وفي التصرف بالشيء المرهون ، وفي الوصية وما الحق بها من تصرفات المريض .

وقد اوضحنا احكام العقد الموقوف في موضعه ، وذكرنا ان بعض الفقهاء قالوا ببطلانه ورفضوا انفاذه بالاجازة . فلن نعود الى كل ذلك ، فليراجع في محله [١] .

بطلان العقود وفسادها

ان العقد الصحيح هو المنعقد والمشروع ذاتاً ووصفاً . والباطل هو غير المشروع اصلاً ، كعقد المجنون مثلاً . والفاسد عند من قال به هو المشروع اصلا لا وصفاً ، كالعقد الذي فيه جهالة او ما الى ذلك .

فالعقد الباطل لا حكم له مطلقاً ، ولا ينقلب صحيحاً أبداً . ولكن الفاسد يصبح صحيحاً بزوال صفة الفساد . وقد اوضحنا تفصيل ذلك في موضعه [٢] .

وقد قال الفقهاء بانه لا يشترط القضاء في فسخ العقد الفاسد ، ومن باب أولى في فسخ العقد الباطل ، « لان الواجب شرعاً لا يحتاج الى القضاء » [٣] . ولكن ذلك محله بلا ريب عند عدم النزاع بين المتعاقدين ، إذ انه عند حصول هذا النزاع لا بد من مراجعة القضاء .

مقارنة

اذا اردنا على الجملة ان نقارن بين هذا التقسيم في الشريعة الاسلامية وما يقابله في الشرائع المدنية الحديثة ، وجدنا ان هذه الشرائع بصورة عامة تفرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق .

فالبطلان النسبي هو الذي وضع لمصلحة فريق من المتعاقدين دون الآخر ، بسبب عيب في رضاه أو عدم اهليته . فهذا لا يمكن الادلاء به الا من قبل هذا

(١) في بحث اقسام العقود ، وتصرفات الفضولي ، وتصرفات المحجور عليهم .
(٢) الفصل الثاني من الباب الاول من هذا القسم ، اي ص ١٢ .
(٣) درر الحكام ، ج ٢ ص ١٧٥ .

التفريق ، ومن ثم يمكنه التنازل عنه . وهو يقابل في الشريعة الاسلامية الفسخ في العقد غير اللازم بسبب احد الخيارات ، والفسخ في العقد الموقوف والعقد الفاسد عند من قال بهما .

أما البطلان المطلق ، فهو الذي ينجم عن فقدان أحد اركان تكوين العقد . فالعقد الموصوف بهذا البطلان المطلق لا ينتج الآثار القانونية التي يقصد اليها المتعاقدان ، ولا يمكن مبدئياً اجازته ، كما نرى في التعاقد على موضوع غير مباح أو بدون الشكل المطلوب قانوناً أو ما أشبه . فهذا العقد يشابه العقد الباطل في الشريعة الاسلامية .

ولا بدّ من الملاحظة ان الشريعة الاسلامية تعتبر العقد الذي يجريه المجنون أو الصغير غير المميز عقداً باطلاً ولو اجازه الولي [١] . ومعلوم ان العقد الباطل في هذه الشريعة لا حكم له اصلاً ، ولا يجوز امضاؤه ولا اجازته . ولكن في النظرية الحديثة ، يعدّ مثل هذا العقد كباقي عقود عديمي الاهلية باطلا بطلاناً نسبياً . فيبقى مستمراً على احداث مفاعيله ما دام الابطال لم يعلن قضائياً ، وهو يصبح صحيحاً بمرور الزمان او بالتأييد [٢] .

ولا بأس من الاشارة ايضاً الى أن بعض المؤلفين زادوا على ما ذكر فئة أخرى من العقود غير الصحيحة ، وهي العقود المنعدمة أو غير الموجودة. وكذلك اختلفت التسمية في شرائع أخرى . فعند الانكليز مثلاً نرى التفريق بين العقد الباطل والعقد القابل للابطال والعقد غير النافذ [٣] .

وعلى كل ، فالنتيجة التي تستخلص من هذا البحث هي ان العقود غير الصحيحة منها ما لا يصح تنفيذها وامضاؤها ابداً ، ومنها ما يصح تنفيذها واجازتها . فالاولى لا تنعقد أصلا ، والثانية تنعقد ولكن على خطر الابطال بطلب من يتضرر من بقائها . هذه هي الفكرة العامة في التفريق . ولم يكن الخلاف الاّ في التفصيل والتسمية والاصطلاح .

---

(١) انظر المواد ٣٦٢ و ٩٦٦ و ٩٧٩ من المجلة .

(٢) انظر المواد ٢٣٣ – ٢٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وكتاب جوسران (ج ٢ رقم ٣٤٠) ، وبلانيول (ج ١ رقم ٣٤٠ و ١٦٣١) ، ونظرية العقد للدكتور السنهوري (رقم ٥٧٨) .

(٣) Void , voidable , unenforceable . انظر آنسون ، ص ١٠ .

عدم التنفيذ وشرط الالغاء الصريح

من المناسب في معرض الكلام عن حل العقود وفسخها ان نبحث في نكول أحد العاقدين عن تنفيذ ما التزمه في عقود المعاوضة وتأثير ذلك في موقف العاقد الآخر وفي بقاء مواجبه.

فلا شك في أن لكل من الطرفين ان يجبر الآخر على تنفيذ مواجبه العقدية قسراً بواسطة القضاء، وان هذا التنفيذ يكون موضوعه أصل الموجب المتفق عليه، وعند تعذر ذلك يكون بالبدل، وفاقاً لقاعدة « اذا بطل الاصل يصار الى البدل »، كما سيأتي بيانه في القسم القادم.

وفوق ذلك، يحق لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن التنفيذ اذا امتنع الآخر عن تنفيذ ما عليه. مثاله جاء في المجلة في عقد الاجارة انه لو شرط دفع الاجرة معجلا، فللمؤجر ان يمتنع عن تسليم المأجور او عن اجراء العمل المتفق عليه الى ان يستوفي الاجرة (المادة ٤٦٨). وكذلك للبائع ان يرفض تسليم المبيع حتى يقبض الثمن (المادة ٢٧٨). وسنرى أمثلة اخرى من ذلك في بحث حبس العين.

وهذا شبيه بما يسمونه في القوانين العصرية « الدفع بعدم التنفيذ »[١]. فالقانون الالماني مثلا نص على ان « من كان عليه التزام ناجم عن عقد متبادل يجوز له ان يمتنع من الاداء حتى ينال العوض المقابل، الا اذا كان قد التزم بالاداء اولا » (المادة ٣٢٠).

ولكن لو نفّذ احد العاقدين ما عليه وتمنع الآخر عن التنفيذ، فهل يجوز للاول ان يفسخ العقد ويسترد ما دفعه للثاني؟ اي هل يجوز مثلا للبائع الذي سلّم المبيع ان يستردّه عند عدم دفع الثمن؟

لا شك في ان حق الفسخ ثابت بحال الشرط الصريح. فقد جوّز الحنفيون في الرأي المختار المروي عن الامام الاعظم وصاحبه محمد ما يسمّونه خيار النقد. وهو ان يشترط البائع على المشتري ان يؤدي الثمن في مدة معينة، والا لغا البيع بينهما. وكذلك للبائع ان يشترط انه اذا ردّ الثمن للمشتري في المدة المعينة يفسخ البيع. وقد جوّز ابو حنيفة هذا الخيار استحساناً منعاً لمماطلة المشتري بدفع الثمن.

---

(١) Exceptio non adimpleti contractus

وبهذا اخذ جمهور الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا في المدة . فحدّدها بعضهم كأبي حنيفة بثلاثة ايام ، وحدّدها غيرهم بمدة مختلفة ، وتركها البعض الآخر كمحمد بن الحسن بدون تحديد . وبهذا الرأي الاخير اخذت مجلة الاحكام العدلية . وقد شذّ عن الجمهور بعض الفقهاء ، كالشافعي وزفر ، فقالوا بعدم صحة خيار النقد مطلقاً [١] .

شرط الالغاء الضمني

ان ما مرّ معنا شبيه بما يسمونه في بعض الشرائع شرط الالغاء الصريح [٢] . غير انه عند عدم وجود هذا الشرط ايضاً قدّرت بعض القوانين وجوده ضمناً .

ويوضح ذلك نص قانون الموجبات والعقود اللبناني بهذا الشأن ، حيث جاء فيه : « يقدّر وجود شرط الالغاء في جميع العقود المتبادلة اذا لم يقم أحد المتعاقدين بايفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه ان يحتج باستحالة التنفيذ ، ما لم يكن ثمة استثناء منصوص عليه في القانون .

« على ان العقد لا يلغى حتماً في هذه الحالة . فان الفريق الذي لم تنفذ حقوقه يكون مخيراً بين التنفيذ الاجباري على وجه من الوجوه ، والغاء العقد مع طلب التعويض .

« وفي الاساس لا يكون هذا الالغاء الا بحكم من القاضي ، فهو يبحث عند التنفيذ الجزئي عما اذا كان النقص في هذا التنفيذ له من الشأن والاهمية ما يصوّب الغاء العقد . ويجوز للقاضي ، حتى في حالة عدم التنفيذ ، ان يمنح المديون مهلة تلو مهلة بحسب ما يراه من حسن نيته ... » (المادة ٢٤١) .

وانت ترى ان هذا الخيار بالفسخ لا يقيّد القاضي ، بل يترك له الحرية في امضائه اذا قدّر من ظروف الحال ما يستوجب ذلك .

وبعد ، نتساءل ما هو موقف الشريعة الاسلامية من هذه المسألة ؟ لا شكّ في ان هذا سؤال دقيق . فالجواب عنه هو ان هذه الشريعة عند عدم الشرط الصريح

---

(١) انظر المواد ٣١٣ ـ ٣١٥ من المجلة ، والبحر (ج ٦ ص ٦ ـ ٧) ، والميزان الشعراني (ج ٢ ص ٦٩) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٥٩) .

(٢) Lex commissoria

لم تقرّ كمبدأ عام حق الغاء العقد بسبب عدم التنفيذ. بل انما اقرت ذلك في احوال معينة ، حصل فيها اختلاف كبير . وهاك اهمها بايجاز : —

اولا — ان حق الفسخ معترف به في بعض احوال استحالة التنفيذ ، على ما سنوضحه قريباً . مثلا لو عجز البائع عن تسليم المبيع ، كان للمشتري خيار الفسخ . و كذلك في بيع السّلم ، اذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الاجل لعدمه ، فالمشتري مخيّر بين فسخ السلم واسترداد الثمن او الصبر الى العام المقبل [١] .

ثانياً — يشترط احد الطرفين احياناً وجود وصف مرغوب في عقود المعاوضة ، فاذا لم يوجد هذا الوصف كان للعاقد الذي اشترطه حق الفسخ بما يسمّونه خيار الوصف ، على ما مرّ معنا سابقاً [٢] .

مثلاً ورد في المجلة انه « اذا انعقد الاستصناع فليس لاحد العاقدين الرجوع . واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً » (المادة ٣٩٢) .

ثالثاً — يجوز الفسخ احياناً بحال الافلاس عند جمهور الفقهاء .

فقد جاء في الحديث الشريف : « من ادرك ماله بعينه عند رجل او انسان قد افلس فهو احق به من غيره » [٣] .

وهذا الحديث الشريف استند اليه جمهور الائمة ، مالك والشافعي وابن حنبل وداود الظاهري واتباعهم ، لاجل اعطاء خيار الفسخ في عقود المعاوضة للعاقد الذي سلم شيئاً معيناً الى الآخر بأن يسترده منه بحالة افلاسه اذا كان هذا الشيء لا يزال موجوداً عنده بعينه . وقد رأينا في بحث الحجر على المدين ان للدائن في مثل هذه الحال امتياز فيأخذ سلعته بعينها ولا يشاركه فيها باقي الغرماء .

وقد اشترط الفقهاء لذلك شروطاً تفصيلية مختلفة باختلاف المذاهب ، فلا نرى مجالا لسردها . ولكن بعض الفقهاء ، كالامام مالك ، منعوا حق الخيار هذا اذا

---

(١) العناية (بهامش فتح القدير ج ٧ ص ٣٣١) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٦٨) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٧٠) .

(٢) ص ١٦٧ . راجع ايضاً الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٤٨ .

(٣) روي في الصحيحين وغيرهما . وقد مر تخريجه في بحث الحجر على المدين ، في البند السابع من الفصل السادس من الباب الثاني من هذا القسم ، ص ١٥٣ .

قبل الغرماء بان يدفعوا الى صاحب السلعة ما وجب له بذمة المفلس .

ومثل يوضح ذلك. لو افلس المشتري بعد تسليم المبيع وقبل دفع الثمن، فللبائع خيار الفسخ واسترداد المبيع اذا كان هذا المبيع لا يزال بعينه في يد المشتري. وتعليل ذلك ، فوق نص الحديث الشريف الذي ذكرناه ، ان « العجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن ايفاء المبيع ، والجامع بينهما ان (البيع) عقد معاوضة ومن قضيته المساواة » .

أما الحنفيون ، فانهم ذهبوا مذهباً يختلف عن مذهب الجمهور في هذه المسألة . فبعبارة المجلة « اذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل اداء الثمن ليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء » (المادة ٢٩٥) . وهذا شبيه بما نراه اليوم في قانون التجارة اللبناني ، حيث جاء فيه : « اذا كان المشتري قد تسلم البضائع قبل افلاسه فلا يجوز للبائع ان يتذرع بدعوى الفسخ ولا بدعوى الاسترداد ولا بامتياز ما » (المادة ٦١٢) .

وقد علل الحنفيون ذلك بان الثمن دين في الذمة ، وان وصفه هذا مانع من الفسخ . واستندوا الى حديث شريف آخر ونصه : « ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه » . ثم فسّروا الحديث الذي ذكره الجمهور بانه خاص بحالة شرط خيار الفسخ للبائع. ولكن يظهر ان هذا التعليل فيه بعض الوهن من حيث النصوص ، إذ أن الحديث الاول صحيح رواه البخاري ومسلم وغيرهما وان عبارته عامة مطلقة ، فلا يجوز نقضه بحديث آخر ضعيف لم نعثر عليه في أيٍّ من كتب الحديث المعتبرة .

وليس خيار الفسخ مختصاً بعقد البيع عند جمهور الفقهاء ، بل هو ثابت ايضاً فيما كان من نوعه من عقود المعاوضة ، كالاجارة والقرض . بناء عليه لو استأجر أحد أرضاً أودابة فأفلس قبل مضي مدة الاجارة وقبل دفع الاجرة ، فللمؤجر فسخ الاجارة لانه وجد عين ماله . ومثله لو استقرض احد مالا ثم أفلس فللمقرض حق الرجوع اذا كان عين ماله قائماً [١] .

(١) انظر في هذه المسألة : فتح القدير وبهامشه العناية (ج ٧ ص ٣٣٠ — ٣٣١) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٩١ — ١٩٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٧ — ٢٤٠) ، والمهذب (ج ١ ص ٣٢٣ — ٣٢٧) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٣٣ — ٢٤٣) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٥٦ — ٤٦٠) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٨٣) .

رابعاً - ان حق الرجوع والاسترداد الذي اثبته جمهور الفقهاء في حال افلاس المدين الحي ، قال به الامام الشافعي ايضاً في حال وفاة المدين اذا تبين انه مفلس . ولكن باقي الائمة خالفوه في ذلك [١] .

وان سبب الخلاف بين المذهبين يرجع الى اختلاف الروايات في الحديث الشريف ، اذ ورد فيه ما يؤيدهما جميعاً . فقد روى الامام مالك وابو داود السجستاني عن النبي (ص) انه قال: « ايما رجل باع متاعاً ، فأفلس الذي ابتاعه منه ، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به . وان مات الذي ابتاعه ، فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء » [٢] . وروى الامام الشافعي في مسنده عن قاضي المدينة عمر بن خلدة انه قال : « جئنا ابا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال هذا الذي قضى فيه رسول الله (ص) « ايما رجل مات او أفلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه » [٣] .

وعلى الجملة ، فبين الشريعتين الاسلامية واللبنانية فارق كبير نوجزه في جملتين :

الاولى ان الشريعة الاسلامية باستثناء المذهب الحنفي ، وخلافاً لقانون التجارة اللبناني ، أقرت حق الفسخ والاسترداد في عقود المعاوضة بحال الافلاس .

والثانية انه فيما عدا حال الافلاس ، أثبت قانون الموجبات اللبناني شرط الالغاء الضمني كمبدأ عام ، خلافاً للشريعة الاسلامية التي لم تعطِ حق الرجوع والاسترداد هذا إذا تعذر استيفاء الدين بامتناع المدين غير المفلس ، بل انما أعطت القاضي حينئذ حق اجباره على الايفاء ليس إلا [٤] .

وبرغم ذلك فان شرط الالغاء الضمني ، وان كان غير معروف في الشريعة الاسلامية كمبدأ عام ، الا ان في هذه الشريعة ما يقوم مقامه في الواقع بحال الافلاس ، وهي الحال التي يخشى فيها الدائن على ماله ، وتكون له فيها منفعة عملية من الفسخ . هذا الى ان شرط الالغاء الضمني في القوانين التي قالت به ليس اجباريا ،

---

(١) المغني (ج ٤ ص ٥٠٥) ، والمراجع المذكورة آنفا .

(٢) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك (ج ٢ ص ٨٣) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٥٢٠) .

(٣) مسند الشافعي (بهامش الام ج ٦ ص ٢٥٣) . وقد اخرجه ابو داود بلفظ مختلف ايضاً في سننه (ج ٣ رقم ٣٥٢٣) .

(٤) الوجيز ، ج ١ ص ١٧٣ .

بل يتوقف على تقدير القاضي وحكمته .

استحالة التنفيذ بآفة سماوية

ان تنفيذ العقـــد يصطدم احيانا باستحالة ناشئة عن فعل الانسان او عن فعل خارج عنه . فالحـــالة الاولى سيأتي بحثها عما قريب . فنحصر بحثنا الآن في ايضاح الحالة الثانية .

وقد اختلف في تسمية هذه الحالة . ففي القانون الفرنسي استعملت عبـــارة « القوة القاهرة » او « الاحوال الطارئة »[١] . ويقصد بهـذا التعبير الحوادث غير المنتظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين او عن خطئه . وقد استعمل القانون اللبنـاني كلمة « القوة القاهرة » بهذا المعنى ايضاً[٢] .

وفي هذا المعرض اصطلح رجال الشريعة الانكليزية على استعمال عبارة «الحادث الآلهي »[٣] ، بمعنى الطارىء الذي يرجع الى اسباب طبيعية خارجة عن تدخل الانسان وعن كل تحرز معقول منه .

وشبيه بهذا عبارة « الآفة السماوية » التي وردت في الاصطلاح الفقهي العربي . وتعريفها بوجه عام انها كل « امر من الله »،او كل حادث « لا صنع للادمي فيه »[٤] .

وبعد ، اذا استحال تنفيذ الالتزام في عقود المعاوضة بسبب القوة القاهرة او الآفة السماوية ، فما هو تأثير الاستحالة على العقد وعلى مواجب الفريقين المتعاقدين؟ ومن هو الذي يتحمل مخاطر العقد في مثل هذه الحال ؟ اهو المتعاقد الذي استحال التنفيذ عليه ام هو المتعاقد الآخر ؟

فجواباً عن هذا السؤال ، وضع قانون الموجبات اللبناني مبدأ عاماً ، مآله انه في عقود المعاوضة اذا استحال تنفيذ التزام احد العاقدين بسبب خارج عن فعله او خطئه سقط هذا الالتزام عنه وسقط الالتزام المقابل عن العاقد الآخر . « او بعبارة

---

(١) Force majeure , cas fortuits

(٢) انظر قانون الموجبات والعقود اللبناني (المواد ٢٤٣ و ٣٤١ و ٣٤٢) ، وكولان وكابيتان (ج ٢ ص ١٠) .

(٣) Act of God . انظر آنسون ، ص ٣٣٧ .

(٤) الخرشي (ج ٤ ص ٦٩) ، والمغني (ج ٤ ص ٢١٦) .

اخرى ، ان المخاطر تلحق المدين بالشيء الذي اصبح مستحيلاً ، فيحمل الخسارة دون ان يستطيع الرجوع بوجه من الوجوه على معاقده »(المادتان ٢٤٣ و٣٤١) .

اما الشريعة الاسلامية ، فانها لم تضع مبدأ عاماً في هذه المسألة ، لان الفقهاء لم يدرسوا العقد كنظرية عامة كما نعلم . ولكنهم بحثوا في الآفة السماوية في مواضع عديدة ، أهمها بيع الثمار وما أشبه والبيع العادي والاجارة . ونحن نلمّ بهذه العقود الماماً سريعاً على سبيل الامثلة ، مع بيان خلاف المذاهب فيها ومقارنتها بالقانون اللبناني .

اولاً — بيع الثمار .

لقد مرّ معنا سابقاً [١] ان بيع الثمار عند جمهور الفقهاء يجوز بشرط القطع قبل بدوّ صلاحها ، ولا يجوز بشرط التبقية الا بعد بدو الصلاح .

فاذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها ، فتلفت بآفة سماوية او كما قيل بجائحة ، أفتكون من ضمان البائع أم من ضمان المشتري ؟ اختلف الفقهاء في ذلك ، على عادتهم في الاختلاف .

فقال الشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل ومالك وعمر بن عبد العزيز إن الجوائح من ضمان البائع ، وان للمشتري ان يرجع عليه بما احدثته من التلف . واشترط مالك ان يبلغ المجاح الثلث فاكثر . وقد استندوا في مذهبهم الى ما روي عن النبي (ص) انه قال : « لو بعت من اخيك ثمراً فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئاً ، بمَ تأخذ مال اخيك بغير حق ؟ » [٢] .

وذهب ابو حنيفة والشافعي في مذهبه الجديد والليث بن سعد وداود الظاهري وغيرهم مذهباً مختلفاً ، فقالوا ان الهلاك في الثمار من ضمان المشتري ، ولا رجوع له بشيء على البائع . واحتجّوا بسنّة النبي ايضاً ، وبأن الحديث الذي استند اليه اصحاب الرأي الاول خاص ببيع الثمرة قبل بدو صلاحها [٣] .

اما معنى الجائحة ، فهي كل آفة « لا صنع للآدمي فيها » و « لا يستطاع الدفع

---

(١) في بحث موضوع العقد ، ص ٧٤ .

(٢) رواه مسلم . ورواه ابو داود والنسائي بلفظ آخر . انظر صحيح مسلم(ج ٥ ص ٢٩) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٧٠) ، والفتح الكبير (ج ١ ص ٢٦٦) .

(٣) نيل الاوطار ، ج ٥ ص ١٥٠ .

لها والاحتراز منها » . وهي « كل ظاهر مفسد من مطر او برد او جراد او ريح او حريق » ، وتشمل عند بعضهم ايضا الفتنة والغصب والسرقة وما اشبه [١] .

ثانياً - البيع العادي .

في المذهبين الحنفي والشافعي لا ينتقل ضمان المبيع من البائع الى المشتري الا بالقبض . فعليه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري ، يكون هلاكه من مال البائع . فينفسخ البيع ولا يلزم المشتري دفع الثمن . أما اذا كان الهلاك بعد القبض فانه يكون من مال المشتري ولا شيء على البائع .

غير ان هذا الرأي لم يقبل به الامامان مالك وابن حنبل . بل انهما اعتبرا ضمان المبيع تابعاً للملك ، فهو ينتقل من البائع الى المشتري مع ملك المبيع . وان مذهبهما موافق لما جاء في القانونين الفرنسي واللبناني في هذه المسألة [٢] .

فعليه يجب التفريق في هذا الرأي الثاني بين حالتين . الاولى هي عندما يكون المبيع من المكيلات او الموزونات او المعدودات . ففي هذه الحالة ، يبقى ضمان البائع الى ان يتعين المبيع ويقبضه المشتري .

والحالة الثانية هي عندما يكون المبيع عيناً معينة ، اي غير مكيل ولا موزون ولا معدود . ففي هذه الحالة ، اذا هلك المبيع بآفة سماوية ، كان الهلاك من ضمان المشتري . فهذا يبقى مسؤولاً عن الثمن رغم هلاك المبيع ، لان البائع اذن له بالقبض فصار المبيع في حيازته ولو لم يقبضه . وبعبارة عصرية يكون المشتري في هذه الحال مالكاً للمبيع بمجرد العقد ، والمخاطر تقع على المالك [٣] .

---

(١) انظر في مسألة الجوائح : التحفة شرح البهجة (ج ٢ ص ٣٣) ، والمدونة الكبرى (ج ١٢ ص ٢٥ وما بعدها) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٦٩) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٠ ص ٢١٦) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٤٧١) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٩٥) ، وفتح العزيز (ج ٩ ص ١٠٠ – ١٠٥) ، والمغني (ج ٤ ص ٢١٥ – ٢١٦) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٢١) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٦٢) .

(٢) انظر القانون المدني الفرنسي (المواد ١١٣٨ و ١٥٨٤ و ١٥٨٥) ، وقانون الموجبات اللبناني (المواد ٣٨٨ و ٣٩٦ و ٣٩٧) ، والمجلة (المادتان ٢٩٣ – ٢٩٤) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٦٧ – ٦٩) ، والمغني (ج ٤ ص ٢١٧ – ٢١٩) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٣٩٧ – ٣٩٨) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ٧٨) .

(٣) Res perit domino . في المذهب المالكي مستثنيات قليلة لهذه القاعدة ، انظر القوانين الفقهية ، ص ٢٤٧ .

ثالثاً — عقد الاجارة .

لو استحال تنفيذ العقد من جانب المؤجر ، بسبب هلاك العين المأجورة ، وفوات المنفعة بها بالكلية ، كموت الدابة المستأجرة او انهدام الدار المأجورة أو ما الى ذلك ، فهل يفسخ العقد ؟

قال الامام ابو ثور ان الاجارة لا تنفسخ « بل هي باقية الى اجلها والاجرة كلها واجبة للمؤآجر على المستأجر » .

ولكن باقي الائمة جميعاً ذهبوا الى خلاف مذهبه . فأفتوا بان الاجارة تنفسخ في مثل هذه الحال، ويكون التلف من ضمان المؤجر، فيسقط التزام المستأجر المقابل فلا يجب عليه دفع الاجرة عن المدة الباقية . وهذا الرأي كما ترى موافق لما جاء في قانون الموجبات اللبناني من ان مخاطر الشيء الذي استحال تنفيذه تقع على المدين وليس لهذا ان يرجع بشيء على الدائن مطلقاً .

و كذلك هو الحكم عند جمهور الفقهاء في استحالة التنفيذ بسبب العذر الطاريء الخارج عن فعل الانسان . مثاله لو استؤجر طباخ للعرس ثم مات أحد الزوجين ، اولو قاول المريض الطبيب على اخراج سنه ثم زال الالم، او لو توفي الطفل الرضيع في اجارة الرضاعة ، ففي هذه الاحوال ونظائرها جميعاً تفسخ الاجارة لاستحالة التنفيذ[1] .

وملاحظة اخيرة : بالمناسبة نذكر ان نظام الاعشار العثماني[2] نصّ على انه اذا نتج تأخير في تحصيل قسم كبير من محصولات ضريبة الاعشار بسبب القوة القاهرة ، كالحرب والعصيان وما أشبه ، فان لملتزم تحصيل هذه الضريبة ان يطلب تخفيض مقدار الخسارة من أصل بدل الالتزام .

استحالة التنفيذ بفعل المدين

ان الاستحالة التي تكلمنا عنها تكون بتعريفها خارجة عن فعل المدين او خطئه .

---

(١) المجلة (المادتان ٤٤٣ و ٤٧٨) ، وقانون الموجبات اللبناني (المادة ٢٤٣) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٩٣) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٥٩ ص ١٠٧) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٠٢) .

(٢) الصادر في ١٨ ربيع الآخر سنة ١٣٢٣ هجرية ، الموافق ٩ حزيران سنة ١٣٢١ مالية ، و ١٩٠٥ ميلادية .

فما هو الآن حكم استحالة التنفيذ الناجمة عن فعل المدين ؟

في القانون اللبناني واشباهه من القوانين ، يجوز بلا ريب للعاقد الذي حُرم العوض المتفق عليه بسبب فعل العاقد الآخر ان يطلب الغاء العقد مع بدل العطل والضرر الذي أصابه ، وفاقاً لشرط الالغاء الضمني الذي اوضحنا احكامه [١] .

اما في الشريعة الاسلامية ، ففي المسألة تفصيل بين العقود والمذاهب . وهاك شرح ذلك في أهم عقود المعاوضة ، البيع والاجارة .

اولاً – البيع .

لو هلك المبيع بفعل البائع ، فما تأثير ذلك على العقد ؟ ذهب الفقهاء في حكم ذلك مذهبين كما في مسألة الآفة السماوية ، احدهما لابي حنيفة والشافعي ، والثاني لمالك وابن حنبل .

ففي المذهب الاول ، يفسخ البيع بهلاك المبيع دون تفريق بين الآفة السماوية وفعل البائع . ولذا لم تفرق المجلة في ذلك بين الحالتين . فاذن يعتبر المبيع مضموناً بالثمن ، فاذا اتلفه البائع سقط الثمن [٢] .

اما في مذهب مالك وابن حنبل ، فان البيع لا يفسخ ، بل للمشتري ان يجبر البائع على تسليمه ما يماثل المبيع ان كان من المثليات وعلى دفع قيمته ان كان من القيميات . وله عند ابن حنبل ان يفسخ البيع اذا شاء وان يسترد من البائع الثمن الذي دفعه [٣] .

وانت ترى ان الفارق بين المذهبين واضح . فبحال فسخ العقد يجبر البائع على رد الثمن . اما بحال عدم الفسخ فيجبر على اعطاء مثل الشيء او قيمته الحقيقية . ولا شك في ان الثمن لا يكون دائماً مساوياً للقيمة الحقيقية .

ففي المذهب الثاني اذن معنى التعويض على المشتري مما يخسره او يفوته من الربح

---

(١) قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني (المادتان ١٠٨ و ١٠٩) ، وقانون الموجبات اللبناني (المادة ٢٤١) ، ونظرية العقد للدكتور السنهوري (رقم ٦٤١) .

(٢) الفتاوى البزازية (ج ١ ص ٥٢٨) ، والمجلة (المادتان ٢٩٣ و ٢٩٤) ، والمهذب (ج ١ ص ٢٩٤) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٤٠١ – ٤٠٢) .

(٣) المغني (ج ٤ ص ٢١٨) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٤٨٢) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٧٢ – ٧٣) .

بسبب تلف المبيع بفعل البائع. وهو مذهب قريب من نص قانون الموجبات اللبناني (المادة ٤١٥) .

ثانياً — الاجارة .

اذا لم يكن العذر طارئاً من النوع الذي بيناه في استحالة التنفيذ بالآفة السماوية، أيفسخ العقد ام لا يفسخ ؟

في المذهب الحنفي تنفسخ الاجارة بالاعذار ، كمرض المستأجر أو سفره او افلاسه أو سرقة ماله أو احتراق بضاعته . ولكن جمهور الفقهاء لم يقبلوا بذلك ، بل قالوا باستمرار العقد وبأنه رغم هذه الاعذار يبقى المستأجر مجبراً على دفع الاجرة [١] .

احوال خاصة في الهلاك

قدمنا حكم استحالة التنفيذ بسبب الآفة السماوية او بسبب فعل المدين . ولكن بقي علينا احوال خاصة تتعلق بعقد البيع . وهي هلاك المبيع بفعل الدائن وهلاكه بفعل الاجنبي ، والهلاك الجزئي ، ثم الهلاك في مدة شرط الخيار في العقد . واليك كلمة سريعة في كل من هذه الاحوال :—

اولا — فعل الدائن .

لا تأثير لفعل الدائن على بقاء العقد ابداً . مثاله لو اشترى احد شيئاً واتلفه هو قبل قبضه ، فيعد اتلافه بمنزلة القبض ولا يحق له الفسخ لانه اتلف ملكه .

وهذا ظاهر معقول . وبمعناه ورد في قانون الموجبات اللبناني انه « اذا هلك المبيع او ناله عيب قبل التسليم بفعل او خطأ من المشتري كان ملزماً بتسلمه على حالته وبدفع ثمنه كاملا » (المادة ٤١٦) .

ثانياً — فعل الاجنبي .

لو ان رجلا اجنبياً عن العقد اتلف المبيع قبل ان يقبضه المشتري ، فلا خلاف

---

(١) المبسوط (ج ١٥ ص ٥٩) ، والروض المربع (ج ٢ ص ١٠٢ — ١٠٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٨٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٩٢) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٠١ — ١٠٢) .

ان لهذا المشتري ان يمضي العقد وان يطالب المتلف بقيمة المبيع ان كان قيمياً وبمثله ان كان مثلياً .

والمشتري ايضا عند جمهور الفقهاء ان يفسخ العقـــد ويسترد الثمن . فحينئذ يجوز للبائع ان يطالب المتلف الاجنبي بمثل المبيع الذي اتلفه او بقيمته .

ثالثا – هلاك المبيع الجزئي .

اذا حصل هذا الهلاك بدون فعل المشتري وقبل ان يقبضه من البائع فللمشتري الخيار اما بفسخ العقد واسترداد الثمن ، أو بامضائه . وفي الحالة الثانية يحق لهذا المشتري ان يرجع على المتلف بقيمة نقصان المبيع ان كان الاتلاف بفعل البائع او الاجنبي . اما ان كان الاتلاف بآفة سماوية ، واختار المشتري امضاء العقـد ، ففي حقه بتخفيض الثمن خلاف لا نرى مجالا لتفصيله [١] .

رابعا – هلاك المبيع في بيع الخيار .

اذا كان في عقد البيع شرط الخيار بالفسخ لاحد المتبايعـين ، وقبض المشتري المبيع ، ثم هلك في يده في زمن الخيار ، فما هو الحكم في هذه الحال ؟ وعـــلى من يقع ضمان الهلاك ؟

اختلف في الامر [٢] . فقـال الشافعي ان البيع بخيار الشرط ، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري ، لا يعتبر تامـــاً . فاذا تلف المبيع في يد المشتري اثناء زمن الخيار فانه لا يلزم بثمنه المتفق عليه ، بل يضمن قيمته يوم القبض .

وقال مالك والليث والاوزاعي ان المبيع لا يخرج عن ملك البائع في زمن الخيار ، وان هلاكه يكون من ماله ، وان المشتري كالامين لا يضمن بدون تقصير أو تعدّ .

أما المجلة وابو حنيفة وابن حنبل في احدى الروايتين عنه ، ففرقوا بين خيـار البائع وخيار المشتري . فاذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه ، بل يبقى معدوداً من جملة امواله . فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضـــه لا

---

(١) انظر في هذه الاحوال الثلاثة : الوجيز (ج ١ ص ١٤٥) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٣٩٩ ــ ٤٠٠) ، والبزازية في الموضع المذكور ، والخرشي (ج ٤ ص ٧٠ ــ ٧٣) ، والمغني (ج ٤ ص ٢١٨ ــ ٢١٩) .

(٢) انظر الام (ج ٧ ص ٩١) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٧٥) ، والقوانين الفقهيـة (ص ٢٧٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٧٣) .

يلزمه الثمن المسمّى ، بل يلزمه اداء قيمته للبائع يوم قبضه » (المادة ٣٠٨) . ففي هذه الحال وافق هذا المذهب مذهب الشافعي .

ولكن ، خلافاً للشافعي ، « واذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكاً للمشتري . فاذا هلك في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه المسمّى للبائع » (المادة ٣٠٩) .

وبكلمة وجيزة ، فحكم المجلة في هلاك المبيع بعد القبض اثناء زمن الخيار ان المشتري يدفع الثمن المسمّى اذا كان الخيار له ، ويدفع قيمة المبيع اذا كان الخيار للبائع[1] .

---

(١) انظر الاجتهاد الفرنسي في هذه المسألة ، في كولان وكابيتان ، ج ٢ ص ٣٤٣ .

القِسمُ الرابع

مفاعيل الموجبات وانتقالها وسقوطها

الباب الأول

مفاعيل الموجبات

الفصل الاول

التنفيـــذ

الاصل والبدل

نحن نعلم ان من مبادىء الشريعة الاساسية ان تردّ الحقوق باعيانها إلى اصحابها، كلما وُجد الى ذلك سبيل . ونعلم ايضاً ان هذا المبدأ يستتبع وجوب ايفـاء الالتزامات بعينها ما دام ذلك ممكناً ، ويستتبع ان ايفاء البدل لا يسوغ الا عند تعذّر الاصل .

لذا جاء في القاعدة الكلية الواردة في المجامع وفي المجلة انه « اذا بطل الاصل يصار الى البدل » (المادة ٥٣) . وهي موافقة لما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني من انه « يجب على قدر المستطاع ان توفى الموجبات عيناً ، اذ ان للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات » (المادة ٢٤٩) .

وقد اوضحنا هذه القاعدة قبل الآن ، واوضحنا ان الاصطلاح عند علمـاء الاصول يسمّي ايفاء الاصل اداء وايفاء البدل قضاء ، وان القضاء قسمان كامل

وقاصر . فالكامل هو اعطاء بدل الاصل من مثله ان كان من المثليات ، والقاصر هو اعطاء القيمة بدلاً من الاصل ان كان من القيميات [١] .

وان ما قدمناه عن هذه القاعدة في باب ضمان الغصب والاتلاف من التصرفات الفعلية ليس مختصاً بذلك الضمان فحسب ، بل هو عام يشمل جميع الحقوق والالتزامات على الاطلاق . وهذا ما يبرّر تذكيرنا بهذه القاعدة بعد ان اتينا عليها وعلى أمثلة منها في تلك الابحاث ، التي لن نعود اليها فلتراجع [٢] .

وكذلك أشرنا في العقود ، لا سيما في امثلة البيع ، الى تطبيق هذه القاعدة عند تمنع أحد العاقدين عن تنفيذ ما عليه ، او عند استحالة التنفيذ بسبب فعله او خطئه .

وعلى الجملة ، فان تنفيذ الاصل هو المقصود في الموجبات ، وان تنفيذ البدل لا يصح الا عند تعذر الاصل . ولا شك ان في البدل معنى التعويض من الضرر او من بعض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الاصل ، لما في هذا البدل من مثل او قيمة .

غير ان مسألة التعويض من فوات الربح الناتج من عدم التنفيذ العيني مسألة خلافيــة . ولقد أوضحنا في بحث الغصب والاتلاف خلاف الفقهاء في مسألة تقويم المنافع ، وما جاء في بعض المذاهب من اعتبار هــذه المنافع كالاموال المتقومة واعتبار وجوب ايفاء بدلها ايضاً فوق بدل الاصل .

ولا بدّ من الملاحظة بانه فيما عدا مسألة فوات المنفعة هذه ، لم يبحث الفقهاء في التعويض بما يسببه التأخير في تنفيذ الالتزام من ضرر او خسارة او فوات ربح ، لما في ذلك على ما نعتقد من معنى الربا المحرم في الشريعة الاسلامية . وهذا ما يفسر سكوت المجلة عن هذه المسألة ايضاً .

ولكن المشرع العثماني لم يسكت عنها . بل نصّ على أنه اذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، وتأخر المدين عن دفعه ، وجب عليه ان يدفع الفائدة القانونية ، وقدرها تسعة بالمائة سنوياً [٣] . وبمعناه ورد في قانون الموجبات اللبناني

---

(١) المجامع وشرحه المنافــع (ص ١٥٦ ــ ١٥٧ و ٣١٠) ، وقواعد الاحكام لابن عبد السلام (ج ١ ص ١٦٨) .

(٢) في الجزء الاول ، ص ١٥٨ و ٢١٤ .

(٣) المادة ١١٢ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، المعطوفة على قانون المرابحــة الجديد المؤرخ في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ هجريــة ، الموافق ٣ نيسان سنة ١٣٠٣ ماليــة أو ١٨٨٧ ميلادية .

انه يحكم بالفائدة القانونية بدلا عن التأخير ، ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد او في القانون ، او ما لم يكن المدين سيء النيـــة فعندئذ يجوز ان يحكم عليه بعوض اضافي (المادة ٢٦٥) .

وبعد هذه الكلمة الوجيزة في الاداء والقضاء أو في ايفاء الاصل والبدل ، لا بدّ من الاشارة الى ان الحقوق والواجبات تكون احياناً واضحة وتكون احياناً اخرى مبهمة ، وان من الناس من يعترف بحق الغير فيحترمه ويؤدي له ما عليـه وان منهم ايضاً من ينكر ذلك ويماطل باداء الحقوق .

لذلك احتاج الامر الى القضاء للفصل في المنازعات ولاثبات الحقوق ، واحتاج الى سطوة الدولة لتحصيل الحقوق وتنفيذ الواجبات . ونحن نكتفي هنا بلمحـــة سريعة عن القضاء وولاية التنفيذ .

القضاء

كان القضاء من الوظائف الداخلة تحت الخلافة . وكان النبي (ص) والخـــلفاء الاولون يباشرونه بانفسهم . ولم يقلدوه غيرهم ويفوضوهم فيه الا منذ خـــلافة عمر بن الخطاب [1] .

واليك كتاب عمر الى قاضيه ابي موسى الاشعري نثبته هنا ، لشهرته ولما فيه من حكمة وموعظة . ونصه : —

« أما بعد ، فان القضاء فريضة محكمة وسنّة متبعـة . فافهم اذا أدلي اليك ، فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له . وآسِ بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك . البينـــة على من ادعى ، واليمين على من انكر . والصلح جائز بين المسلمين ، إلاّ صلحاً أحلّ حراماً او حرم حلالا . ولا يمنعك قضاء قضيته امس ، فراجعت اليوم فيه عقلك وهُديت فيه لرشدك ، ان ترجع الى الحق . فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل . الفهمَ الفهمَ فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله تعالى ولا سنّة نبيه (ص) . ثم اعرف الامثال والاشباه وقسِ الامور بنظائرها . واجعـــل لمن

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ١٩١ .

ادعى حقاً غائبا او بينة أمداً ينتهي اليه ، فمن احضر بينة اخذت له بحقه ، والا استحللت القضية عليه . فان ذلك انفى للشك ، واجلى للعمى . والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، الا مجلوداً في حدّ أو مجرباً عليه شهادة زور او ظنيناً في ولاء او نسب . فان الله عفا عن الايمان ، ودرأ بالبيّنات . واياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم . فان استقرار الحق في مواطن الحق يعظم الله به الاجر ويحسن به الذكر . والسلام »[1] .

وان القضاء منصب وضع « للفصل بين الناس في الخصومات ، حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع » ، وفاقاً للاحكام الشرعية . ويندرج في ولاية القاضي العامة ، كما ذكره الماوردي ، فصل المنازعات وقطع التشاجر والخصومات ، واستيفاء الحقوق ممن مطل بها وايصالها الى مستحقها وثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف من القاصرين وغيرهم ، والنظر في الاوقاف ، وتنفيذ الوصايا ، وتزويج الايامى ، واقامة الحدود ، والنظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات ، وتصفح الشهود والامناء واختيار النائبين ، والتسوية في الحكم بين القوي والضعيف والعدل في القضاء بين المشروف والشريف وعدم اتباع الهوى في تقصير المحق او ممايلة المبطل[2] .

---

(١) هذه عبارة الكتاب كما نقلها الماوردي في الاحكام السلطانية (ص ٦٨) ، ومن نقل عنه كابن خلدون في مقدمته (ص ١٩٢) . وقد نقله غيرهما بعبارات اخرى ، فيها خلاف يسير . انظر المبسوط (ج ١٦ ص ٦٠ وما بعدها) ، واعلام الموقعين (ج ١ ص ٧٢) ، وعيون الاخبار لابن قتيبة (ج ١ ص ٦٦) ، والعقد الفريد (ج ١ ص ٤٧) ، والاحكام للآمدي (ج ٣ ص ٨١) ، وجمهرة رسائل العرب (نقل السيد احمد زكي صفوت ، ١٩٣٧ ، ج ١ ص ٢٥٢) ، وغيرها . وقد روى هذا الكتاب كثيرون من الثقاة . انما شك في صحته بعض الباحثين كابن حزم الذي ادعى انه موضوع . انظر كتابه النبذ في اصول الفقه الظاهري (ص ٥١) ، والمحلى (ج ١ رقم٩٩ مع الرد في الهوامش) ، وكتاب تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر (ص ٧٠) .

(٢) الاحكام السلطانية (ص ٦٧-٦٨) . انظر احكام القضاء وتاريخه : تاريخ القضاء في الاسلام للسيد محمود عرنوس (مصر، ١٩٣٤) ، والقضاء في الاسلام للسيد مشرفه (مصر، ١٩٣٩) ، وتاريخ الامم الاسلامية للخضري (مصر، الطبعة الرابعة، ١٣٥٤ ﻫ) ، وكتاب النظم الاسلامية للدكتور حسن ابراهيم حسن والسيد علي ابرهيم حسن (مصر ١٩٣٩ ، ص ٣٢٧ وما بعدها) . وانظر باب القضاء في المجلة (المادة ١٧٨٤ وما بعدها) وفي الكتب الفقهية كالمبسوط (ج ١٦ ص ٥٩) ، وجامع الفصولين (ج١ ص١٣) ، ومعين الحكام (ص٦) ، والمدونة الكبرى (ج ١٢ ص ١٤٤) ، والام (ج ٦ ص ١٩٩) ، والمغني والشرح الكبير (ج ١١ ص ٣٧٣) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٩٣) وغيرها .

ولاية التنفيذ

كان الخلفاء الاولون والقضاة في باديء الامر يباشرون تنفيذ احكامهم واستيفاء الحقوق ، وكانوا ينظرون فيما يسمى المظالم . ثم أصبحت « ولاية المظالم » وظيفة مستقلة « ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء » .

وكان يدخل في اختصاص والي المظالم أمور نعتبرها بلغة اليوم مشتركة بين سلطة الادارة وسلطة القضاء . وهي النظر في تعدي الولاية وعمال الجباية وعمال الدواوين ، والنظر في تظلم المسترزقة من نقص ارزاقهم أو تأخرها عنهم ، ورد الاموال التي يغصبها الولاة والمتغلبون الى اصحابها ، ومشارفة الاوقاف ، وتنفيذ ما عجز القضاة عن انفاذه من الاحكام ، والنظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة ، ومراعاة العبادات الظاهرة ، والنظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين .

وان الفارق بين ناظر المظالم والقاضي هو ان الاول أقوى يداً من الثاني . فيمضي ما عجز هذا عن امضائه ، ويكون نظره اوسع منه في البيانات والتقرير واعتماد الامارات والقرائن وتأخير الحكم الى استجلاء الحق وحمل الخصمين على الصلح واستحلاف الشهود وما الى ذلك .

وبعبارة أخرى ، كان اختصاص ناظر المظالم مزيجاً من الولاية القضائية والولاية الادارية ، وكان له في التحقيق سلطة واسعة شبيهة بما نراه اليوم في المسائل الجزائية وطرق اثباتها .

وكانت الحسبة « ايضاً من الوظائف الخادمة لمنصب القضاء في تاريخ الدول الاسلامية » . وهي « من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر » . واختصاصها شبيه باختصاص الشرطة البلدية في ايامنا .

ويندرج في اختصاص المحتسب امور يتنزه عنها القاضي لعمومها وسهولة اغراضها . وهي النظر فيما يتعلق بالغش والتدليس في المعايش وغيرها وفي المكاييل والموازين ، والزام العاطلين على تنفيذ الحقوق المعترف بها . ويدخل في اختصاصه ايضاً « حمل الناس على المصالح العامة ، مثل المنع من المضايقة في الطرقات ، ومنع الحمالين وأهل

السفن من الاكثار في الحمل والحكم على اهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وازالة ما يتوقع من ضررها على السابلة ، والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها في الابلاغ في ضربهم للصبيان والمتعلمين »[١] .

وأخيراً لا بدّ من الاشارة دون تفصيل الى وظيفة صاحب الشرطة والوالي وغيرهما من الوظائف التي عرفت في تاريخ الامم الاسلامية[٢] والى علاقة بعض هذه الوظائف بتنفيذ الاحكام .

طرق التنفيذ

من الامور الظاهرة في تاريخ الشرائع أن طرق التنفيذ على المدين كانت في المجتمع القديم قاسية شديدة القسوة . وكانت تقع بوجه اصلي على شخصه لا على ماله . ويوضح ذلك ما نقرأه عن أصول التنفيذ عند الرومان القدماء ، وما كان فيه من حق للدائن بوضع يده على جسم المدين[٣] وباسترقاقه وحبسه وما الى ذلك[٤] . ومثله كانت عادات العرب في الجاهلية تجيز للدائن ان يبيع مدينه استيفاء للدين ، حتى جاء الاسلام وحرم هذه العادة الهمجية[٥] .

غير ان هذا الأمر لم يبق على حاله . بل تطور بتطور المدنية والحضارة ، وخفت القسوة شيئاً فشيئاً ، حتى أصبح التنفيذ في الموجبات المالية لا يصيب في الاصل الا مال المدين دون شخصه . وبهذا لم يعد حبس المدين في الشرائع التي أقرته الا وسيلة للضغط على المدين الموسر ، واكراهه على الدفع ليس إلا .

وبوجه عام ، اصبح تنفيـــذ الموجبات أمراً سهلاً . ففي الامم الاسلامية كان التنفيذ يجري عيناً بواسطة ولاة القضاء والمظالم والحسبة ، كل من ضمن اختصاصه وولايتـــه .

---

(١) مقدمة ابن خلدون (ص ١٩٣ و ٢٩٥–٢٩٦) ، والاحكام السلطانية (ص ٧٦ — ٨٠ و ٢٣٢–٢٣٣) .

(٢) مقدمة ابن خلدون ، ص ١٩٣ .

(٣) Manus injectio .

(٤) انظر اللوح الثالث من قانون الالواح الاثني عشر (L. XII, tab. 3) ، والاحكام لغايوس (Gaius 4, 21 - 25) .

(٥) مواهب الجليل لشرح سيدي خليل للحطاب ، ج٥ ص ٣٣ .

وان جمهور الفقهاء المسلمين ، ومنهم أصحاب ابي حنيفة ، سوغوا للحاكم ان يحجز مال المدين المماطل ، وان يبيعه عليه لأجل ايفاء ديونه . وقد خالفهم في ذلك ابو حنيفة والناصر ، فقالا بان الحاكم لا يبيع على المدين ماله ، بل يحبسه حتى يبيعه هو ، الا الدراهم والدنانير فيأخذها بلا حبس [1] .

وكذلك يجوز في الرأي السائد حبس المـــدين الموسر لاكراهه على الدفع . ويجوز احيانا حبس ماله حتى ينفذ ما عليه . وهذا ما نراه فيما يلي .

(١) انظر الشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٠٨) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٣٦٨) ، والمبسوط (ج ٢٠ ص ٨٨ و ج ٢٤ ص ٥٧) ، ومجمع الأنهر (ج ٢ ص ٤٣٠) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٧٥) ، والمجموع شرح المهذب (ج ٩ ص ١٥٩) ، والروض المربع (ج٢ص٣) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٩٦ ص ٢٢١) .

الفصل الثاني

حبس المدين

جواز الحبس

لا مِراء في أن المذاهب الاسلامية جميعاً منعت حبس المدين الفقير ، لأن الحبس ليس الا وسيلة لاكراه المماطل على الدفع ، والفقير لا فائدة من اكراهه . وهذا ثابت بنص القرآن الكريم : « وان كان ذو عُسرة فنَظِرةٌ إلى ميسرة »[1].

ولقد كان ايضاً من رجال المسلمين وفقهائهم من قال حتى بعدم حبس المدين الموسر . فروي عن الخليفة الصالح عمر بن عبد العزيز[2] انه كان لا يسجن الحر في دين الغرماء ، بل كان يقول لئن « يذهب فيسعى في دينه خير من ان يحبس ، وانما حقوقهم في مواضعها التي وضعوها فيها صادفت عدماً أو ملاءً »[3]. والى مثل رأيه أيضاً ذهب فقهاء المذهب الظاهري وعبيدالله بن جعفر والليث بن سعد[4].

الا أن الرأي السائد عند الائمة هو جواز حبس المدين الموسر « الممتنع من دفع الحق الى مستحقه إلجاء اليه وحملاً عليه »[5]. ولهم في ذلك أدلة من الكتاب والسنة والاجماع .

اولا – الكتاب .

في الآية الكريمة : «أوْ يُنفَوا من الارض »[6]. ومعنى النفي عند جمهور الفقهاء

---

(١) البقرة (٢) ٢٨٠ .

(٢) ولد سنه ٦٢ وتوفي سنة ١٠١ هجرية .

(٣) المدونة الكبرى ، ج ١٣ ص ٥٥ .

(٤) المغني (ج ٤ ص ٥٠٣) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٧٥) .

(٥) قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ، ج ١ ص ١١٠ .

(٦) المائدة (٥) ٣٣ .

هو الحبس[١] .

ثانياً – السنة .

روي عن النبي (ص) انه حبس رجلاً في تهمة[٢] ، وانه قال : « لَيّ الواجد يُحِلّ عِرضه وعقوبته » . ومعنى اللّيّ (بفتح اللام) المطل ، والواجد الغني ، وبعبارة ابن المبارك « يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له »[٣] . وقال النبي (ص) أيضاً : « مطل الغني ظلم »[٤] . ولا شك في أن امتناع المدين من قضاء الدين مع تمكنه منه ظلم ، والظالم يحبس[٥] .

ثالثاً – الاجماع .

انعقد اجماع الصحابة والتابعين من القضاة والفقهاء على جواز حبس المدين . فروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعن كثير من قضاة المسلمين ، كشريح والشعبي وابن أبي ليلى وغيرهم ، انهم كانو يحبسون المدينين المماطلين .

ولم يكن في عهد النبي (ص) وأبي بكر سجن ، وإنما كانا يحبسان في المسجد و لدهاليز وبالربط ، حتى اشترى عمر بن الخطاب داراً بمكة باربعة آلاف درهم واتخذها محبساً . وكان أول من بنى الحبس في الاسلام علي بن أبي طالب . فقد بناه اولا من القصب وسماه نافعاً ، فلم يكن حصيناً فهرب منه طائفة من المساجين . ثم نقضه وبناه من المدَر[٦] ، وسماه المخَيَّس[٧] ، أي مكان التخييس أو التذليل .

شرط اليسار

إذْ قلنا إنه لا يحبس إلا الموسر من المدينين ، كان لابدّ من استثبات مسألة اليسار

(١) تفسير الفخر الرازي ، ج ٣ ص ٣٩٧–٣٩٨ .

(٢) سنن ابي داود ، ج ٣ رقم ٣٦٣٠ .

(٣) رواه احمد وابو داود والنسائي وابن ماجه . انظر سنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٦٢٨) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٧٧٤٣) ، ونيل الاوطار (ج ٥ ص ٢٠٤) .

(٤) روي في الصحيحين وفي كتب السنن الاربعة . انظر صحيح البخاري بشرح العيني (ج١٢ ص ١٠٩) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٤) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٤٥) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨١٨٢) .

(٥) المبسوط ، ج ٢٠ ص ٨٨ ، و ج ٢٤ ص ١٦٣ .

(٦) بالتحريك ، ومعناها قطع الطين اليابس والحجارة .

(٧) بفتح الياء المشددة أو كسرها .

والاعسار. فهل يحبس المدين الى ان يثبت اعساره؟ أم لا يحبس حتى يثبت الدائن يساره ؟

لا شكّ في أن الاصل في الناس عدم الغنى ، فلا يتوجب قياساً أن يثبت المدين هذه الصفة ، لان البينة لا تأتي على النفي . ولكن هذا الاصل قد انتسخ بالمعهود عن الناس ، إذ أنهم يتكسبون في الغالب . لذا جوّز الفقهاء حبس المدين إلى أن يثبت هو اعساره فيخلى سبيله . ولا بدّ في بينة الاعسار من ان يكون الشهود من العدول الخابرين بحال المدين قبل حبسه ، لانه لا يكفي في ذلك المعرفة السطحية الظاهرة.

ولكن طائفة من الفقهاء قالوا بان الحقوق اذا كانت من نفقات او صداق او ضمان او جناية فالقول قول المدين مع يمينه ، أي انه يصدق بيمينه في انه عديم ، ولا سبيل لحبسه حتى يثبت الدائن اليسار .

وان من ثبت عسره عند جمهور الفقهاء ، لا يجوز حبسه بعد ذلك حتى يثبت الطالب يساره . ومن كان مجهول الحال وطال حبسه ، جاز عند بعض الفقهاء اخراجه بعد مدة يقدرها الحاكم بالقياس الى مقدار الدين واختلاف الاشخاص .

وايضاً يسوغ للدائن أن يلازم مدينه الموسر ويطالبه ، إذ « ان لصاحب الحق مقالا »[١] . ولكن هل يجوز له ملازمة المدين المعسر ؟ قال ابو حنيفة بان له ذلك ، إذ قيل في الحديث الشريف « لصاحب الحق يد ولسان » ، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي[٢] . ولكن مالكا والشافعي وزفر قالوا بعدم جواز الملازمة ، لان الدين يتعلق بذمة المدين لا بجسمه . فأما مؤاجرة المدين لاجباره على التكسب ، فلا خلاف في تحريمه عند جمهور الفقهاء[٣] .

---

(١) حديث شريف رواه احمد . انظر الجامع الصغير للسيوطي ، ج ١ رقم ٢٣٩٩ .
(٢) الهداية ، ج ٣ ص ٢٣١ .
(٣) راجع في حبس المدين فوق المراجع التي ذكرناها : المبسوط (ج ٢٠ ص ٨٨ — ٩٠) ، والهداية (ج ٣ ص ٨١ — ٨٢) ، والفتاوى الهندية (ج ٥ ص ٧٠) ، وشرح الزيلعي على الكنز وبهامشه حاشية الشلبي (ج ٤ ص ١٧٩ — ١٨٠) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣١٧) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٤٣٥) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٥٤ — ٥٥) ، وشرحي الحطاب والمواق على سيدي خليل (ج ٥ ص ٤٧ — ٥٠) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٨٦ — ١٩١) ، والام (ج ٣ ص ١٨٩) ، والوجيز (ج ١ ص ١٧٢) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢٢٧) ، والمغني (ج ٤ ص ٥٠٢ — ٥٠٥) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٦٢) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٦٩ — ٤٧٠) ، وقواعد الاحكام لابن عبدالسلام (ج ١ ص ١١٠ — ١١٢) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٧٥ — ١٢٧٨) ، والبزازية (ج ٢ ص ١٩٣ بهامش الهندية) .

مقارنة

بعد هذه الكلمة الوجيزة في موقف الشريعة الاسلامية ، لا بأس بلمحة سريعة في غيرها من الشرائع . ففي قانون الاجراء العثماني يسوغ حبس المدين ، ولكن بشرط أن يثبت الدائن هو يسار مدينه وقدرته على الدفع ، أو أن يكون المدين مزمعاً على الفرار ومتمنعاً عن تقديم الكفالة القوية [١].

وكان حبس المدين معروفاً في كثير من الشرائع ، ولكنه الغي منها تدريجياً ، ولم يبق الا في بعض المستثنيات. ففي فرنسا الغى قانون ٢٢ تموز سنة ١٨٦٧ حبس المدين ، ما عدا في الامور الجزائية . وكذلك في انكلترا الغى قانون الغرماء لعام ١٨٦٩ [٢] هذا الحبس بشأن الديون العادية، وابقاه في بعض الاحوال الاستثنائية [٣].

وأخيراً الغي حبس المدين مبدئياً في لبنان ، ما عدا في ديون العطل والضرر والنفقات المحكوم بها بسبب جرم جزائي أو جرم مدني مقصود ، وديون النفقة ، والمهر المؤجل والبائنة ، وفي حال تمنع المحكوم عليه بتسليم الولد القاصر الى من حكم له بحفظه [٤] .

وبعد ، فان مسألة حبس المدين المماطل من المسائل المهمة الحيوية التي تؤثر كثيراً في المداينات وفي المعاملات التجارية . فاذا اشتهرت كثرة المدينين في بلد من البلاد بالمطل والتسويف في أداء حقوق الناس ، فلا شك في ان حبسهم ليس جائزاً فحسب، بل هو ضروري ، صوناً للعدل ، ومراعاة للمصلحة العامة ، وزجراً

---

(١) في المادتين ١٣١ و ١٣٢ منه . انظر ايضاً المادة ٥٢ من قانون المحاكمات الحقوقية العثماني بشأن حبس المدعى عليه ، ان خيف فراره وأبى تعيين محل اقامة أو تقديم كفالة .

(٢) Debtors Act, 1869

(٣) راجع بعض المستثنيات في ستيفن (ج ٣ ص ٦١٧) ، وراجع تقرير اللجنة الادارية الصادر عام ١٩٣٤ في مسألة حبس المدين :

(Report of the Departmental Committee on Imprisonment by Courts of Summary Jurisdiction in default of payment of fines and other sums of money, 1934, Cmd. 4649) .

(٤) انظر المادة ٨٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني المتممة والمعدلة بقانون ١٦ ايار سنة ١٩٣٥ ، وقانون ٧ حزيران سنة ١٩٣٧ ، والمرسوم الاشتراعي رقم ٤١ الصادر في ١٧ نيسان سنة ١٩٤٠ .

للمماطلين الظالمين الذين لا يمتازون بشيء من السارقين والمختلسين والمخادعين والمحتالين .

إنما إذا كان المجتمع قد وصل إلى مستوى من الرقي والمدنية بحيث تكون فيه الثقة عماد المعاملات ، وتكون فيه الامانة أساس المداينات ، فحينئذ لا بأس بمنع حبس المدين ، وفاقاً لسابقات عمر بن عبد العزيز وغيره من الائمة المسلمين ، ووفاقاً لروح التشريع الجديد . فالامر كل الامر راجع الى السياسة الشرعية ، التي تتأثر بالامصار المختلفة وبالاعصار المتقلبة .

منع المدين من السفر

إن هذا البحث متصل بالبحث السابق . وهو يتعلق بمسألة المدين الذي لم يحل الدين عليه والذي ينوي الفرار أو السفر . فهل يجوز لدائنه أن يمنعه من ذلك إن لم يقدم كفيلاً أو رهناً ؟ اختلف الفقهاء في الجواب .

فقال بعضهم ، كالشافعي ، بان الدائن لا يملك المطالبة بالدين المؤجل ، وبانه لا يملك من ثم مطالبة مدينه بكفيل ولا منعه من السفر .

وقال آخرون كمالك وابن حنبل وبعض اصحاب الشافعي ، بان من أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه ، الا أن يقدم بالحق كفيلاً مليئاً أو يدفع رهناً كافياً . و كذلك له منعه إذا كان السفر الى الجهاد أو ما أشبه ، وان كان الدين لا يستحق الا بعد رجوعه من السفر ، لما في مثل هذا السفر من خطر الموت وفوات الحق [١] .

أما في ظاهر الرواية عند الحنفيين ، فليس للدائن منع المدين من السفر قبل حلول الدين ، بل إنما يسافر معه ويلازمه . ولكن أبا يوسف استحسن أخذ الكفيل من الزوج قبل سفره تأميناً لنفقة زوجته مدة شهر . وعلى قوله الفتوى في هذه المسألة عند الحنفيين .

وقد رأى بعض المتأخرين من أئمة المذهب الحنفي ، كصاحب المحيط والصدر

---

(١) المغني (ج ٤ ص ٥٠٦ ـ ٥٠٧) ، والشرح الكبير (ج ٤ ص ٤٥٦ ـ ٤٥٧) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٢١٥ ـ ٢١٦) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٧٣) .

الشهيد وصاحب المنتقى ومنظومة المحبّية وغيرهم ، قياس الدين العادي على نفقة المرأة . ورجّح رأيهم المفتي ابو السعود في معروضاته وابن عابدين في حاشيته . وحجتهم في ذلك انه ليس من الرفق بشيء « ان يقال لصاحب الدين سافر مع (المدين) إلى أن يحلّ الاجل ، إذ ربما يصرف في السفر اكثر من دينه » . وهكذا رأى ابن عابدين ان الافتاء بقول هؤلاء المتأخرين حسن ، « وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصاً في هذا الزمان » [1] .

والى هذا المذهب ذهبت مجلة الاحكام العدلية ، حيث جاء فيها : « المديون مؤجلا ، لو أراد الذهاب الى ديار أخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلا يكون مجبوراً على اعطاء الكفيل » (المادة ٦٥٦) .

وقريب منه ما جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ونصه : « ان الدائن الى أجل يمكنه ، حتى قبل الاستحقاق ، ان يتوسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وان يطلب كفالة او غيرها من وجوه التأمين او أن يعمد الى الحجز الاحتياطي حين يجد من الاسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة المديون او من افلاسه او من هربه » (المادة ١١١) .

فهذا النصّ يوجب على المدين ، إذا خيف من هربه ، ان يقدم كفالة أو تأميناً آخر بناء على طلب دائنه . ولكن قبل تقديم ذلك ، هل يمنع المدين من السفر ؟ نحن نعتقد بانه يمنع ، إذ كيف يتصور اجباره على تقديم الكفالة او التأمين بعد سفره وفراره ووقوع ما يقصد التحرز منه والاحتياط له ؟ ونحن لا نرى لهذا النص من معنى حقيقي ومن تطبيق في الواقع إلا بهذا التفسير . وذلك على الرغم من منع حبس المدين في لبنان ، إذ ان الحبس شيء ومنع الهرب قبل تقديم الكفالة شيء آخر [2] . واذا سلمنا بعكس هذا التفسير ، فنكون سلمنا بجواز الحكم على من

---

(١) الهداية (ج ٣ ص ٢٣١) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٠٤) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٣٩٤ — ٣٩٥) ، والهندية (ج ١ ص ٥٧٣) .

(٢) انظر بعض الاجتهادات المخالفة في الحكمين الصادرين في ٢٥ أيار و٣١ تشرين الاول سنة ١٩٣٥ ، من قاضي الامور المستعجلة في بيروت (في مجلة المحامي ، السنة التاسعة ، القسم الثاني ، ص ٣٦ و٣٢٥ و٣٢٨) . انظر ايضاً الحكمين الصادرين من محكمة بداية بيروت ، الاول من الغرفة الجزائية بتاريخ اول آذار سنة ١٩٣٧ والثاني من الغرفة المختلطة بتاريخ ١٦ آذار سنة ١٩٣٧ (نفس المجلة ، السنة الثانية عشرة ، القسم الرابع ص ١٢ ، والقسم الثاني ص ١٦٨) .

يخشى هربه بتقديم الكفالة مع السماح له بالهرب قبل تقـــديمها . وهذا غير معقول ولا مقبول .

ولا بد من الاشارة الى ان الاجتهاد اللبناني يجوّز المنع من السفر في الاحوال الاستثنائية التي لا يزال فيها حبس المدين جائزاً ، كما في تنفيذ بدل العطل والضرر الناتج عن جرم جزائي[١] .

---

(١) انظر بهذا المعنى حكمي محكمة الاستئناف المدنية الصادرين الاول من الغرفة الرابعة (رقم ١٣٦) بتاريخ ١٣ كانون الاول سنة ١٩٤٦ ، والثاني من الغرفة الثانيـــة بتاريخ ٢٠ آذار سنة ١٩٤٧ .

الفصل الثالث

حبس العين

المبدأ العام وايضاحه

إن حق حبس العين هو الحق المعطى لشخص في يده شيء يخص مدينه بان يحتفظ بهذا الشيء حتى يدفع له صاحبه الدين الواجب عليه . مثلاً للبائع في البيع المطلق في معظم الشرائع الحق بحبس المبيع حتى يقبض الثمن من المشتري . وقد سمي هذا الحق في الاصطلاح العربي حق حبس العين لوقوعه على شيء ولتمييزه من حبس المدين الذي أوضحنا [1] .

وقد اختلف في الاحوال التي يجوز فيها حق الحبس هذا [2] . ففي نظرية اولى ضيقة ، لا يعطى حق الحبس الا عندما يكون الشيء المحبوس في حوزة الدائن بنتيجة العقد الذي نشأ منه الدين . وهذا يقع في عقود المعاوضة ، إذ لكل من العاقدين أن يمتنع من اداء ما تعهده الى أن ينفذ العاقد الآخر تعهده المقابل .

وفي نظرية ثانية وسيعة يكون حق الحبس للدائن في جميع الاحوال التي يحتاز فيها شيئاً ملك مدينه .

وثمة نظرية ثالثة توسطت بين الاثنتين . وقد اخذ بها قانون الموجبات والعقود اللبناني ، نقلاً عن بعض القوانين الحديثة ، كالقانون المدني الالماني (المادة ٢٧٣) وغيره . فبعبارة القانون اللبناني لا ينحصر حق الحبس « في من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل ، بل يوجد ايضاً في كل حالة يكون فيها الدين متصلاً بموضوعه [3] ،

(١) يسمى في الافرنسية Droit de rétention ، وفي الانكليزية Lien .

(٢) انظر كولان وكابيتان ، ج ٢ ص ٧٧٨ — ٧٧٩ .

(٣) Debitum cum re junctum

أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذاك الموجب . فهو أي حق الحبس يعود مثلا الى واضع اليد أو إلى المستثمر أو محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الاموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وانما يحرم حق الحبس محرز الاشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الاشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي » (المادة ٢٧٢) .

فهذه النظرية الاخيرة تشمل كالاولى احوال الامتناع عن تنفيذ الموجب في عقود المعاوضة ، كحق البائع في حبس المبيع حتى دفع الثمن . وتشمل فوق ذلك احوالا اخرى ، أهمها عندما يكون حائز الشيء المحبوس قد تضرر بسببه أو انفق عليه بعض المصروفات . مثاله في القانون اللبناني « يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الاشياء التي تسلّمها من صاحب الامر للقيام بالعمل ، إلى ان يدفع له البدل أو الأجر وما يكون قد اسلفه عند الاقتضاء ، ما لم يكن العقد بالدفع في أجل معين ..» (المادة ٦٧٧) [١] . وكذلك « للوديع ان يحبس الوديعة إلى ان يستوفي كل ما وجب بسبب الايداع » (المادة ٧١٨) .

غير ان كثيراً من الشرائع لم تضع مبدأ عاماً على غرار المبدأ المذكور . بل إنما اكتفت باعطاء أمثلة من حق الحبس في احوال معينة . وهذا ما نراه في الشرائع الاسلامية والفرنسية والانكليزية [٢] .

وان حق حبس العين بوجه عام يسقط بزوال الاحراز . فعليه لو سلّم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، سقط حقه في حبسه ، وليس له استرداده من المشتري لهذه الغاية [٣] .

وفي قانون الموجبات اللبناني ، لصاحب حق الحبس رفض التخلي عن الشيء المحبوس . ولكن ليس له حق تتبعه إذا خرج من يده إلى حيازة الغير ، ولا حق الافضلية على باقي الغرماء في ثمن المحبوس (المادة ٢٧٤) ، إلا في الرهن وما أشبه . وكذلك هو الامر مبدئياً في المجلة والشريعة الاسلامية لجهة رفض التخلّي

---

(١) انظر ايضاً المادة ٤٩ من قانون العمل اللبناني .

(٢) كولان وكابيتان (ج ٢ ص ٧٧٩ وما بعدها) ، وستيفن (ج ٣ ص ١٧٦-١٧٨) .

(٣) المادة ٢٧٣ من قانون الموجبات اللبناني ، والمادة ٢٨١ من المجلة .

وعدم التتبع . ولكنه على خلاف ذلك لجهة الافضلية . فالاصل في الشريعة الاسلامية ان حق الحبس يعطي امتيازاً للدائن بالقياس إلى سائر الغرماء .

مثاله جاء في المجلة انه « إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع واداء الثمن ، كان للبائع حبس المبيع إلى ان يستوفي الثمن من تركة المشتري . وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع ، فيوفي حق البائع بتمامه . وان بيع بانقص من الثمن الاصلي أخذ البائع الثمن الذي بيع به ، ويكون في الباقي كالغرماء . وان بيع بأزيد أخذ البائع الثمن الاصلي فقط ، وما زاد يعطى الى الغرماء » (المادة ٢٩٦)[١] .

وبعد هذه الكلمة العامة ، نسرد ههنا أهم أحوال حبس العين المعروفة في الشريعة الاسلامية ، لا سيا في مجلة الاحكام العدلية . فنجمعها ، على غرار التقسيم الحديث ، في فئات ثلاث هي : الحبس بالشرط ، والحبس في عقود المعاوضة ، والحبس للتلازم .

الحبس بالشرط

ان حبس العين يكون من حق الدائن احياناً بمقتضى اتفاق الفريقين . واهم أمثلة ذلك عقد الرهن . ففي المجلة للدائن المرتهن أن يحبس الشيء المرهون إلى حين فكه باستيفاء الدين [٢] . وكذلك له ان يحبس الزائد الذي يتولد من المرهون ، وفق قاعدة التابع تابع أو الفرع يتبع الاصل (المادتان ٤٧ و٧١٥) .

وان لبيع الوفاء في المجلة حكم الرهن من هذه الناحية (المادة ٣) . و« بيع الوفاء هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع » (المادة ١١٨) . فعليه لا يجبر المشتري وفاء على رد المبيع قبل استرداد الثمن .

وملاحظة : ان هذا الضرب من الحبس أظهر من الضروب الاخرى ، من حيث امتياز صاحبه على باقي الغرماء . فالمرتهن أو المشتري وفاء احق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من المرهون أو من المبيع وفاء (المادتان ٤٠٣ و٧٢٩) . وهذا موافق لما اوضحناه من ان حق حبس العين في الشريعة الاسلامية يعطي صاحبه امتيازاً .

---

(١) انظر امثلة اخرى من حق الامتياز في هذا الجزء ص ١٥٢ .

(٢) المادة ٧٢٩ منها ، والمغني (ج ٤ ص ٤٥٢).

الحبس في عقود المعاوضة

في الشرع الاسلامي وفي المجلة ما يدلّ على ان لأحد العاقدين في عقود المعاوضة أن يرفض التنفيذ ما دام الآخر ناكلاً عن القيام بما عليه. ويوضح ذلك أمثلة من عقدي البيع والاجارة.

اولاً - عقد البيع.

لا شكّ في ان هذا العقد هو من عقود المعاوضة المبنية على التساوي بين التزامات الفريقين المتبادلة. ولكن بما انه يخشى فيه ان ينفذ احد الفريقين ما عليه ثم ينكل الآخر عن الاداء، فيختل بذلك مبدأ المساواة بينهما، فقد وجب التساؤل عن طريقة تحقيق هذه المساواة من الناحية العملية، وعمّن يجب عليه البدء في التنفيذ. أيلزم البائع تسليم المبيع اولاً، أم يلزم المشتري دفع الثمن قبل تسلّم المبيع؟ هذه مسألة أخرى من مسائل الفروع الخلافية في الشرع الاسلامي. وقد ذهب الفقهاء فيها مذاهب ثلاثة.

فالمذهب الاول لا يجبر أحداً من المتبايعين على التنفيذ قبل الآخر، لان التزام الواحد منهما مرتبط بالتزام الآخر. فعليه يجب التنفيذ عليهما دفعة واحدة. وعند الاختلاف يكون ذلك بحضور القاضي او بحضور عدل ينتدبه. وهذا مذهب الامام الشافعي في احد اقواله، ومذهب اهل الظاهر، ومذهب الامام عبيد الله بن الحسن. وهو شبيه برأي الشريعة الانكليزية ايضاً[1].

والمذهب الثاني هو للامام ابن حنبل وللامام الشافعي في القول المختار من مذهبه. وهو يجبر البائع على تسليم المبيع اولا لتعلق حق المشتري بعينه، ثم يجبر المشتري على دفع الثمن. فعليه لا يجوز للبائع في هذا المذهب ان يحبس المبيع ويمتنع من التسليم حتى يقبض الثمن، واذا فعل ذلك عد غاصباً.

اما المذهب الثالث فهو مذهب جمهور الفقهاء المسلمين، الائمة ابي حنيفة ومالك والشافعي في احد اقواله واصحاب ابن حنبل. فعندهم يجبر المشتري على دفع الثمن اولا، وللبائع حبس المبيع الى ان يقبض هذا الثمن. وحجتهم في ذلك ان المبيع

---

(١) آنسون، ص ٣٤٩ - ٣٥٠.

هو المحلّ الاصلي للبيع، وهو يتعين بالتعيين ويدخل في ملك المشتري بمقتضى العقد، مع ان الثمن ليس الا وسيلة للمبادلة ولا يتعين الا بالقبض. لذلك وجب تعيين هذا الثمن بالقبض اولا حتى يصبح معيناً كالمبيع، فتحصل المساواة بين البدلين. وبعبارة اخرى، فان «عقدَ البيع يقتضي استواءهما (الطرفين) في التسليم والتسلم، ففي اجبار البائع على التسليم قبل حضور الثمن وتمكينه من قبضه اضرار به». وهكذا يبقى المبيع في يد البائع «كالرهن بالثمن»[١].

وبهذا المذهب الاخير اخذت مجلة الاحكام العدلية، فنصّت على انه «في البيع بالثمن الحالّ، اعني غير المؤجل، للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن» (المادة ٢٧٨). وبمعناه جاء في قانون الموجبات اللبناني ان البائع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع اليه الثمن (المادة ٤٠٧).

ولكن يشترط لحق الحبس في المجلة وفي المذاهب التي قالت بقولها ان يكون البيع من نوع البيع المطلق، اي مبادلة المال بالثمن، وان يكون الثمن حالا، وان يكون المبيع حاضراً. فعليه لا يوجد حق الحبس اذا كان المبيع منقولاً غائباً[٢]، او اذا كان البيع نسيئةً اي بالثمن المؤجل (المادة ٢٨٣)، او اذا كان البيع من نوع الصرف او المقايضة (المادة ٣٧٩).

وأخيراً اختلف في مسألة تأثير الرهن او الكفالة على حق الحبس. ففي المجلة (المادة ٢٨٠) والقانون اللبناني (المادة ٤٠٧)، لا يسقط حق الحبس اذا أعطى المشتري رهناً او كفيلاً لتأمين دفع الثمن. اما في بعض القوانين، كالقانون المدني الالماني (المادة ٢٧٣) مثلاً، فانه يسقط بالتأمين العيني ولا يسقط بالكفالة.

ثانياً — عقد الاجارة.

بمقتضى المجلة ايضاً لو شرطت الاجرة معجلة أي مستحقة حالا، ينبغي للمستأجر

---

(١) انظر في تفصيل هذه المذاهب: الهداية (ج ٣ ص ٢٢)، ورد المحتار (ج ٤ ص٥٨)، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٦٩)، والقوانين الفقهية (ص ٢٤٧)، والمهذب (ج ١ ص ٢٩٣ـ ٢٩٤)، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٤٦١ وما بعدها)، والشرح الكبير (ج ٤ ص ١١٣ ـ ١١٤)، والروض المربع (ج ٢ ص ٢٧)، واعلام الموقعين (ج ٤ ص ٢٧ ـ ٣٠)، والمواد ١٥٠ و ١٥١ و ٢٠٤ و ٢٤٣ و ٢٦٢ و ٢٧٨ وما بعدها من المجلة، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤٣٩).

(٢) الاشباه لابن نجيم، ص ١٥١.

تسليمها الى المؤجر، سواء أكان موضوع الاجارة شيئاً او عملاً . فللمؤجر في اجارة الاشياء ان يمتنع عن تسليم المأجور، وللاجير في اجارة العمل ان يمتنع عن العمل، الى ان يستوفيا الاجرة (المادة ٤٦٨) . وهـذا كما ترى مثل آخر من حق الحبس في عقود المعاوضة .

حبس العين للتلازم

في المجلة وغيرها من كتب الفقه حالات يكون فيها للدائن حق حبس العين، دون أن يكون هـذا الحق من نوع الامتناع عن تنفيذ الموجب الاصلي في العقود المتبادلة، بل انما يكون هذا الحبس واقعاً على شيء ملك المدين استيفاء لدين متصل بهذا الشيء . واليك بعض الامثلة من ذلك .

اولا — اجارة العمل .

عند جمهور الفقهاء يصح للاجير الذي لعمله أثر، كالخياط والصباغ والقصّار، ان يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة التي له بذمة صاحبها . ولكن لا يصح ذلك للاجير الذي ليس لعمله أثر، كالحمال والملاح وما أشبه . وقد شذّ الامام ابن حنبل عن الجمهور، فمنع حق الحبس عن الاجير في الحالة الاولى ايضاً [١] .

فهنا التزم الاجير بتقديم العمل والتزم المستأجر بدفع الاجرة . ولكن اذا قدّم الاول عمله وامتنع الثاني عن دفع اجرته، فللاول حبس الشيء الذي وقع عليه العمل اذا كان هـذا العمل له أثر في الشيء المستأجر فيه . فهنا لم يمتنع الاجير عن تنفيذ العمل، او بعبارة اخرى هو لم يحبس العمل، بل حبس شيئاً آخر متصلا بالدين المطلوب .

ثانياً — الوكالة .

في عقد الوكالة بالشراء، اذا أعطى الوكيل الثمن من ماله، فله ان يحبس المال المشترى الى أن يتسلم الثمن من موكلـــه (المادة ١٤٩١) . وكذلك في الوكالة بالاستئجار، اذا دفع الوكيل الاجرة معجلاً، فان له ان يحبس الدار المأجورة حتى

---

(١) انظر اعلام الموقعين (ج ٤ ص ٢٧ — ٢٨) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٠) ، والمادتين ٤٨٢ — ٤٨٣ من المجلة .

يستوفي ما دفعه من الموكل [١] .

ثالثاً - حبس البناء .

من أمثلة المجلة ايضاً انه : « اذا تهدمت الابنية التي علوّها لواحد وسفلها لآخر أو احترقت ، فكل واحد يعمر ابنيته كما في السابق ، ليس لاحدهما ان يمنع الآخر . ويقول صاحب العلو لصاحب السفل عمّر ابنيتك لاركب أنا بأبنيتي عليها. فان امتنع صاحب السفل ، يستأذن صاحب العلو الحاكم ويبني السفل والعلو ويمنع صاحب السفل من التصرف حتى يعطيه ما أصابه من النفقة » (المادة ١٣١٥) .

رابعاً — بيع المأجور .

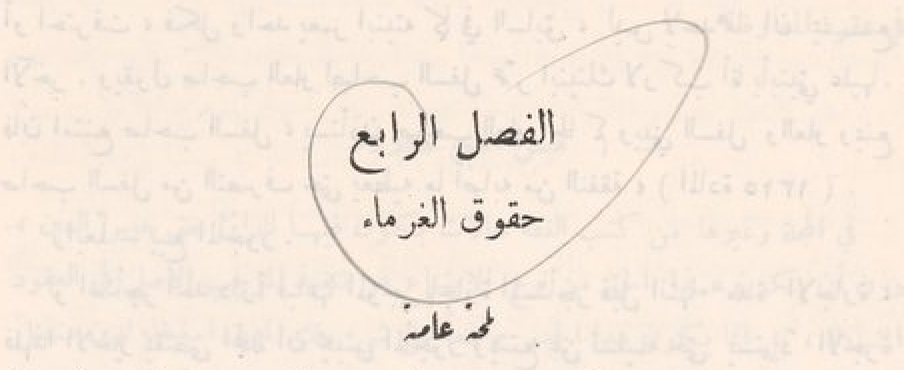
لو استأجر احد داراً فباعها المؤجر باجازة المستأجر قبل انتهاء مدة الاجارة ، فلهذا الاخير بمقتضى المجلة ان يحبس المأجور ويمتنع عن تسليمه حتى يسترد الاجرة التي عجّلها عن المدة الباقية من الاجارة (المادة ٥٩٠) .

خامساً . البيع الفاسد .

في البيع الفاسد وما اليه ، إذا فسخ البائع البيع وكان المبيع في يد المشتري ، فلهذا ان يحبسه ليردّ البائع الثمن عليه [٢] .

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٦٦٢ .

(٢) البدائع (ج ٧ ص ١٧٥) ، والمادة ٣٧٣ من المجلة .



الفصل الرابع

حقوق الغرماء

لمحة عامة

إن حق الدائنين يتعلق في مال مدينهم [١] . وهـــذا ما اسماه المشرع اللبناني حق الارتهان العام ، نقـــلاً عن الاصطلاح الفرنسي . وهو كما ترى تسمية فيها من الاشكال بعض الشيء ، لما قد تجره كلمة الارتهان من اختـلاط بمعنى الرهن العادي المعروف .

وان الشريعة الاسلامية خوّلت الغرماء وسائل شتى لاجـل تحصيل حقوقهم ، أو لاجل صيانتها من الضياع . فلقد قدّمنا من ذلك في هـذا الكتاب كثيراً من الامثلة . فرأينا بصورة خاصة مسألة الحجر على المدين المفلس والمماطـل ومنعه من التصرفات المضرّة ، ومسألة الحجز عـــلى مال المدين وبيعه عليه تسديداً لديونه ، ومسألة حبس المدين وملازمته ومنعه من السفر ، ومسألة حبس مـاله احياناً . فلن نعود الى هذه المباحث جميعاً .

وفوق ذلك ، نجـــد في معظم الشرائع وسائل اخرى منحت للدائنين لاجل المحافظة على حقوقهم . واهمها المعارضة عـــلى بعض التصرفات المضرة بهم وطلب فسخها ، والمداعاة باسم المدين وما أشبه . واليك كلمة سريعة في ذلك .

فسخ عقود المدين

معلوم ان عقود المدين تسري في الاصل على الغرماء . ولكن لهـــذا الاصل

---

(١) اعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٦ .

مستثنيات عدة . ومن اهم هـذه المستثنيات تصرفات المدين المحجور عليه والمدين المريض ، على ما اوضحنا في ابحاث الحجر ومرض الموت .

ولكن فيما عدا هـذه المستثنيات ، فأن المدين الصحيح غير المحجور عليه تصح تصرفاته جميعاً عند جمهور الفقهاء ، ابي حنيفة والشافعي وابن حنبل . وكذلك من كان مديناً لجماعة بديون مختلفة فأن له ان يقدّم في الايفـاء من اراد ويؤخر من اراد ، « لولاية الحيّ على نفسه وماله » [١] .

وأيضاً لو أن رجـلاً غير محجور عليه ولا مريض وقف ملكه وكانت أمواله الباقية لا تكفي لايفاء ديونه ، فان وقفه صحيح وجائز ، وإنْ قصد بوقفه هذا إلى ضرر الغرماء وإلى المماطلة في دفع الديون [٢] .

ولكن المتأخرين من الحنفيين أفتوا بان من وقف ملكه على أولاده وهربه من الدائنين لا يصح وقفه ولا يلزم ، والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيـل الوقف بمقدار ما شغل بالدين . وقد رجّح هذه الفتوى المفتي أبو السعـود [٣] في معروضاته والعلائي والشيخ اسماعيل الحائك وابن عابدين وغيرهم [٤] . وبها ايضاً اخذت المشيخة الاسلامية ودائرة الفتوى « فتواخانه » ومجلس الشورى في الدولة العثمانية ، فصدر الامر السامي بالعمل بها بتاريخ ١٨ ربيع الاول سنة ١٢٩٨ هـ [٥] .

وان ما قدمناه خلاصة المذهب الحنفي ومذهب جمهور الفقهاء . غير ان الامام مالكاً وبعض الائمة الحنبليين ، كابن تيمية وابن القيّم الجوزية ، خالفوا الجمهور في ذلك ، وقالوا بان المدين اذا استغرقت أمواله بالديون فلا تصح عقوده التي فيهـا تبرع ، كالهبة والبيع بالمحاباة وما أشبه ، إلا ما جرت العادة بفعله ، وسواء في ذلك أكان المدين محجوراً عليه أم لم يكن . وإذا تبرع على هذا الوجه ، فللدائن ان

---

(١) الفتاوى البزازية (ج٢ ص٢٠٠ ، بهامش الهندية) ، وتنقيح الحامدية (ج٢ ص٢٥٧).

(٢) تنقيح الحامدية (ج ١ ص ١٢٩) ، والفتاوى الطرسوسية (ص ١٥٠) .

(٣) هو ابو السعود بن محمد بن مصطفى العماد . ولد بقرية قريبة من الاستانة سنة ٨٩٨ ، وتوفي سنة ٩٨٢ هـ . وكان قاضياً ثم مفتياً في ايام السلطان سليمان والسلطان سليم . عن العقـد المنظوم (بهامش ابن خلكان) ، ج ٢ ص ٢٨٢ وما بعدها .

(٤) تنقيح الحامدية في الموضع المذكور .

(٥) الموافق ٢٧ شباط سنة ١٢٩٤ مالية او ١٨٧٨ ميلادية . انظر ترجمة هـذا الامر في مراجع الطلاب ، لميخائيل عبد البستاني ، بيروت ، ١٩١٤ ، ص ٩١ .

يطلب من الحاكم ابطال التصرف [١] .

ولقد أوضح ذلك ابن القيم بقوله ان حق الغرماء قد تعلق بمال المديان ، وان «في تمكين هذا المديان من التبرع ابطال حقوق الغرماء . والشريعة لا تأتي بمثل هذا . فانها انما جاءت بحفظ حقوق ارباب الحقوق بكل طريق وسدّ الطرق المفضية الى اضاعتها . وقال النبي (ص) : « من أخذ اموال الناس يريد اداءها أدّى الله عنه ومن اخذها يريد اتلافها أتلفه الله » [٢] . ولا ريب ان هذا التبرع اتلاف لها . فكيف ينفذ تبرع من دعا رسول الله (ص) على فاعله ؟ » [٣] .

وان رأي مالك ومن قال قوله شبيه بمضمون ما هو مشهور اليوم باسم الدعوى البولصية [٤] ، نسبة الى القاضي الروماني بولص ، الذي كان اول من منحها للدائنين لفسخ عقود المدين التي اجراها بقصد الاضرار بهم [٥] . وهذه الدعوى معروفة في معظم القوانين العصرية [٦] .

وكذلك أقرّ القانون اللبناني الدعوى البولصية ، وأسماها بالدعوى البوليانية ، وهي ترجمة حرفية غير موفقة . فكان الاولى ترجمتها بدعوى ابطال التصرفات او ما أشبه . وبذلك تأتي الترجمة موافقة للمعنى وللاصطلاح العربي السابق .

واليك نص قانون الموجبات اللبناني في هذه المسألة ، نكتفي بنقله دون تعليق . قال هذا القانون (المادة ٢٧٨) : —

« يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الاداء ان يطلبوا باسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم وكانت السبب في احداث عجزه عن

---

(١) شرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ١٧٣) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣٦ — ٢٣٧) ، واعلام الموقعين (ج ٤ ص ٦ — ٧) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١١ ص ١٤).

(٢) رواه البخاري واحمد وابن ماجه . انظر العيني على البخاري (ج ١٢ ص ٢٢٦) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨٣٥١) .

(٣) اعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٦ .

(٤) Actio Pauliana

(٥) انظر كتاب بتي (Petit) ، اوليات القانون الروماني ، باريس، ١٩٢٠ ، رقم ٧٨٦ ، (Traité élémentaire de droit romain) ، ومجموعة الديجستا (٤٢ ، ٨) ، (D. , quae in fr. creditorum, XLII, 8) ، ونظرية العقد للسنهوري (رقم ٧٢٧) .

(٦) راجع المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي ، وكتاب الاراضي تأليف تشاير (ص ٧٣١) .

الايفاء او تفاقم هـذا العجز . أما العقود التي لم يكن بها المدين الا مهملا للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ .

« وهذه الدعوى المسماة « بالدعوى البوليانية » يجوز ان تتناول أشخاصاً عاقدهم المدين خدعة . غير انه لا تصح اقامتهـا على الاشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض الا اذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المدين .

« ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص او الاشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . اما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ويستمر على انتاج جميع مفاعيله .

« وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمان بعد عشر سنوات » .

الدعوى الصورية

ان ما قدمناه عن دعوى ابطال التصرفات او الدعوى البولصية يفترض وجود تصرفات او عقود يجريها المدين احتيالا او بقصد الاضرار بالدائنين ، وبنتيجتها تخرج امواله فعلاً من ثروته ، فيصبح بسببها خاسراً . ولكنها على كل حـــال تصرفات وعقود حقيقية لا يختلف باطنها عن ظاهرها .

انما توجد احوال اخرى لا تكون فيها العقود او التصرفات حقيقية ، بـــل تكون وهمية او صورية . وتكون الغاية من ذلك احياناً شريفة ، كما لو خاف المالك سطوة متغلب ظالم او ما اشبه ، فالتجأ الى بيع ماله في الظاهر من رجـــل قوي يحميه . وتكون الغاية احياناً غير شريفة ، كما لو تواضع المدين مع احد اقاربه او غيره وباع منه امواله ظاهراً لتهريبها من وجه الغرماء او اخفائها عنهم ، بحيث لا يبقى لهم بعد ذلك ما يكفي لايفاء ديونهم .

ومن امثلة هذه التصرفات الصورية مسألة التلجئة التي بحث فيها الفقهاء في باب البيع ، مع ان حكمها يجري في جميع التصرفات التي تقبل الفسخ .

وفي التلجئة معنى الالجاء والاضطرار . فبيع التلجئة هو البيع الذي يضطر اليه المرء لخوف ظالم او لسبب ضروري آخر . وهو بيع صوري ظاهر يخفي في باطنـه اتفاقاً مخالفاً . وقد اختلف الفقهاء في حكمه .

فابو حنيفة في رواية عنه والشافعي قالا بان العبرة للبيع الظاهر ، لانه لاحق للاتفاق السابق وملغ له . وروي ايضاً عن ابي حنيفة انه قال بان بيع التلجئة موقوف على اجازة المتبايعين ، فان اجازاه جاز وان ردّاه بطل [١] .

اما صاحبا ابي حنيفة ، ابو يوسف ومحمد بن الحسن ، اللذان اخذ الحنفيون برأيهما في هذه المسألة ، فقد فصّلا في بيع التلجئة ، وهو بهذا التفصيل على ثلاثة ضروب :

الاول ان تكون التلجئة في نفس المبيع . مثلاً يقول رجل لآخر « اني اظهر اني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة » ، ويُشهد على ذلك ، ثم يتبايعان في الظاهر . فهنا البيع باطل ، لانه كالهزل لا نية فيه .

والثاني ان تكون التلجئة في بدل المبيع . نحو ان يتفق المتبايعان في السر على ان الثمن الف وان يتبايعا في الظاهر بالفين . فالثمن المعتبر هنا هو المقصود في السر ، ويعدّ المتبايعان هازلين في الزيادة .

والضرب الثالث اخيراً هو ان تقع التلجئة في جنس الثمن . نحو أن يتواضع البائعان في الباطن على ان الثمن الف درهم وان يتبايعا في الظاهر بمائة دينار ، ففي هذه الحالة قال محمد بن الحسن بان العقد باطل قياساً ، ولكنه يصح بمائة دينار استحساناً [٢] .

فبوجه عام اذاً لا يصح بيع التلجئة في المذهب الحنفي المختار ، وكذلك لا يصح فيه الاقرار بالتلجئة [٣] . وقد ذهب الحنابلة ايضاً الى أن بيع التلجئة باطل [٤] .

وبهذا المعنى نصّ المشرع العثماني في الارادة السنية المؤرخة في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٣٠٧ مالية (١٨٩١ ميلادية) على معاقبة من يصدق السندات باملاكه للغير تواطؤاً ، سواء أكان ذلك بصورة البيع أم الهبة أم الاقرار بنفي الملك أم بغير ذلك من الصور . ونصّ أيضاً في الارادة السنية المؤرخة في أول كانون الاول سنة ١٣١٤ مالية (١٨٩٨ ميلادية) على منع المحكوم عليه بدين من بيع أمواله لاحد اقربائه خوفاً من التلجئة والتهريب .

---

(١) المجموع شرح المهذب (ج ٩ ص ٣٣٤) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٧٢) .

(٢) الاختيار شرح المختار للموصلي (ج ١ ص ١٩٤) ، والهندية في الموضوع المذكور ، والفتاوى الانقروية (ج ١ ص ٢٩٢ - ٢٩٣) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٣٣٩) .

(٣) تنقيح الحامدية ، ج ٢ ص ٥٢ .

(٤) المغني ، ج ٤ ص ٣٣٩ .

وكذلك في حال افلاس المدين التاجر ، اوجبت المادة الخامسة من قانون ٢١ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٣ (٩ آب سنة ١٣٢١) ، لاجـل اعتبار ديون بعض الاقرباء ، ان تكون سنداتهم مصدقة لدى الكاتب العدل وان تكون مقيـدة في دفاتر المفلس ، وذلك منعاً من الاحتيال والتواطوء .

واخيراً جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني : « ان دائني المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين انشيء السند الظاهري احتيالاً للاضرار بهم يحق لهم ان يقيموا دعوى اعلان التواطؤ وان يثبتوه بجميع طرق الاثبات» (المادة ١٦١) . ولكن المتعاقدين أنفسهم أو خلفاءهم العموميين لا يمكنهم اثبات صورية السند إلا بسند مبدئياً .

وبعد ، فان التصرفات الصورية المقصود بها هضم حقوق الدائنين ليست إلا من نوع الحيل الشرعية المحرمة عند جمهور الفقهاء [١] ، لان هذه التصرفات حيـل على أكل أموال الناس وعلى ابطال حقوقهم . وإذ كان أكل مال الغير محرماً بالآية الكريمة « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » [٢] ، كانت الحيل على اكله محرمـة أيضاً . وانــه ، كما أوضح ابن القيم ، متى ثبت تحريم شيء في نفسه ، يثبت تحريم الحيل والوسائل والذرائع المفضية اليه . ولو ابيحت هـذه « لكان ذلك نقضاً للتحريم واغراء للنفوس به » ، وهذا ما لا يمكن القول به [٣] .

ثم أن العقود الصورية باطلة ايضاً عملاً بالحديث الشريف « انما الاعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى » . « والمقصود ان المتعاقدين ، وان اظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن ، فالعبرة لما اضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد » [٤] . فاذن ، ان سماع دعوى صورية العقد يلائم روح الشريعة ويرتكز على مبادئها الاساسية .

المداعاة باسم المدين

لا يكون اضرار المدين بدائنيه بطريق التبرع والتلجئة فحسب ، بل يكون

---

(١) انظر في الحيل الشرعية وتحريمها وخلاف المذاهب فيها كتابنا « فلسفة التشريـع في الاسلام » ، الفصل الاول من الباب الرابع ، ص ١٩٢ .

(٢) سورة النساء (٤) ٢٩ .

(٣) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٢٠ و ٢٨٦ .

(٤) المصدر ذاته ، ص ٨٢ .

ايضاً بطريق الاهمال والتقصير في تحصيل ديونه وحقوقه وامواله التي له عند الغير . فما حيلة الغرماء في ذلك ؟ هل لهم ان يطالبوا بديون مدينهم ويداعوا عنه بدون وكالة منه ؟

اجابت المجلة عن هذا السؤال بالنفي . فقد صرحت بانه « لا يكون مدين المديون خصماً للدائن . فليس لمن كان له في ذمة الميت طلب ان يثبت طلبه في مواجهة مديونه ويستوفيه منه » (المادة ١٦٤٠) . و كذلك لا يجوز له اثبات دينه بمواجهة الموصى له ، بل إنما يصح اثباته على الوصي او الوارث [١] .

ولهذه القاعدة امثلة شبيهة عديدة مذكورة في المجلة . ففيها « لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع . مثلاً لو باع احد لآخر مالا ، وبعد القبض باعه المشتري لآخر ايضاً ، فليس للبائع الاول ان يطلب ويدعي بالثمن على المشتري الثاني ، بقوله ان المشتري الاول كان اشترى مني هذا المال وقبضه بدون أن يدفع لي ثمنه فأعطني ثمن المال أو المال لاحبسه الى استيفاء الثمن ، ولا تسمع دعواه هذه على المشتري الثاني » (المادة ١٦٤١) .

وايضاً ، لا يكون الوديع خصماً للمشتري ولا لدائن المودع . فاذا ادعى المشتري على الوديع بطلب تسليم المبيع ، فلا تسمع دعواه الا بوكالة من البائع بالقبض . و كذلك ليس للدائن ان يدعي على الوديع بما له بذمة المودع وان يطلب استيفاء الدين من الوديعة التي عنده . ويستثنى من ذلك ما لو غاب صاحب الوديعة ولم يترك نفقة لمن وجبت له النفقة ، فحينئذ يحق لهذا أن يدعي بنفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده [٢] .

ولكن اذا ثبت دين الدائن بوجه الخصم الحقيقي ، اي بوجه مدينه الاصلي او من كان و كيلا عنه او له ولاية لتمثيله ، ثم تبين للقاضي ان لهذا المدين مالا عند آخر ، فللقاضي ان يأمر مدين المدين بدفع ما عليه لدائن دائنه . واليك امثلة من ذلك : —

اولا - لو ثبت ان لرجل ديناً في تركة مدينه الميت ، ثم اقر رجل آخر عند القاضي بان عليه لهذا الميت ديناً ، فللقاضي ان يأمر المقر بدفع ما عليه الى دائن

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ص ٣٥ .

(٢) المواد ٧٩٩ و ١٦٣٨ و ١٦٣٩ من المجلة ، والزيلعي على الكنز (ج ٣ ص ٦٥) .

الميت [١].

ثانياً - متى طلب الدائن حبس مدينه ، وتحقق القاضي ان هذا المدين معسر ، ولكن له على رجل آخر مالا ، فللقاضي ان يتقاضى الدين من مدين المدين ليدفعه الى الدائن . وان تمنع مدين المدين عن الدفع ، وكان موسراً ، فللقاضي حبسه [٢].

هذا ما ورد في المجلة وغيرها من كتب الفقه الحنفي . اما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فقد اقر (في المادة ٢٧٦) ، نقلا عن القانون المدني الفرنسي (المادة ١١٦٦) ، ما سمّاه الدعوى غير المباشرة [٣]. وهي تخوّل الدائنين حق استعمال جميع الحقوق وحق اقامة جميع الدعاوى المختصة بمدينهم ، ما خلا الحقوق والدعاوى الخارجة عن ثروته والمتعلقة بشخصه فقط . وقد سميت هذه الدعوى غير المباشرة ، لانها تقام من قبل الدائنين باسم مدينهم ، لا باسمهم الخاص .

وايضاً منح القانون اللبناني الدائنين حق اقامة الدعوى المباشرة . وهي ان يداعوا باسمهم الخاص مباشرة عن مدينهم في الحقوق والدعاوى المختصة به . واليك بعض الامثلة من ذلك : —

في الاجارة ، لو تنازل المستأجر عن حقه لغيره او لو آجر المأجور لمستأجر ثان ، « فللمؤجر ، في جميع الاحوال التي يحق له فيها مقاضاة المستأجر الاصلي ، ان يقيم الدعوى مباشرة على المستأجر الثاني او على المتنازل له ... » (المادة ٥٨٨) .

ومثله في الاعارة ، « اذا تنازل المستعير عن استعمال العارية او تصرف فيها على وجه آخر لمصلحة شخص ما ، فللمعير ان يقيم على هذا الشخص مباشرة الدعوى التي كان يحق له ان يقيمها على المستعير » (المادة ٧٤٣) .

وايضاً في الوكالة ، يكون نائب الوكيل مسؤولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه (المادة ٧٨٤) .

---

(١) الفتاوى البزازية ، ج ٢ ص ٣٠٠ ، بهامش الهندية .

(٢) البزازية ، ج ٢ ص ١٩٣ — ١٩٤ .

(٣) Action oblique ou indirecte

الفصل الخامس

الموجبات الطبيعية

اصلها ومعناها

درسنا في الفصول السابقة من هذا الباب مفاعيل الموجبات وأوضحنا انها تنفذ قسراً ضد المدين الناكل والمماطل . ولكن لهذا الاصل مستثنيات لا يكون فيها للدائن حق التنفيذ الجبري ، بل لا يمكن التنفيذ فيها إلا اختياراً من قبل المدين . وقد أسمى الرومان الموجب في هذه الاحوال بالموجب الطبيعي [1] ، لتفريقه عن الموجب العادي المدني [2] .

وقد كان لهذه الموجبات أسباب تاريخية عند الرومان ، منها ان القانون اشترط للعقود شروطاً شكلية وشروطاً غير شكلية قاسية . فكان انتفاء أحد هذه الشروط سبباً لابطال العقد ، وبالتالي سبباً لمنع تنفيذه . ولكن في بعض الاحوال كان من العدل والانصاف ان يكون تنفيذ المدين للموجبات الناشئة عن هذه العقود معتبراً ، وان لا يسوغ استرداد ما دفع بنتيجة هذا التنفيذ .

وكانت الموجبات الطبيعية عند الرومان فئتين : الاولى الموجبات التي تنشأ طبيعية منذ بدايتها ، كعقود الارقاء وبعض عقود القاصرين التي يجرونها بدون إذن وليهم وعقود افراد العائلة الواحدة فيما بينهم وغيرها . والثانية هي الموجبات التي تنشأ مدنية ثم تنقلب طبيعية لأسباب لاحقة ، كعقود الحر الصحيحة التي تصبح طبيعية اذا انتقصت شخصيته بدخوله في الرق او ما الى ذلك [3] .

---

(١) Naturalis Obligatio

(٢) Civilis Obligatio

(٣) انظر جيرار ، ص ٦٧٤ — ٦٧٩ .

وقد انتقلت فكرة الموجب الطبيعي الى بعض الشرائع التي تأثرت بالشريعة الرومانية . وأهم هذه الشرائع الشريعة الفرنسية . ففي هذه الشريعة أمثلة عديدة من الموجب الطبيعي، بعضها القليل نصّ عليه القانون المدني ، والبعض الآخر أقرّه اجتهاد المحاكم وتوسّع فيه كثيراً ، مستوحياً بتطور المدنية ومبادىء الشرف والوجدان [١] .

واخذ بهذه النظرية ايضاً قانون الموجبات والعقود اللبناني [٢] ، فنص على ان « الموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن طلب تنفيذه ، على ان تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني » (المادة الثانية) . ولكن القانون اللبناني لم يعين أحوال هذا الموجب، بل ترك « للقاضي عند انتفاء النص ، ان يفصل فيما اذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعي او لا » (المادة الثالثة) .

ومن أمثلة الموجب الطبيعي المنصوص عليها في قانون الموجبات اللبناني ما جاء في مرور الزمن والمقامرة والمراهنة . فالمديون الذي سقط دينه بمرور الزمن تبرأ ذمته من الوجهة المدنية ، ولكن « يظل مقيداً بموجب طبيعي يمكن اتخاذه سبباً للايفاء » (المادة ٣٦١) . وكذلك يعدّ دين المقامرة او المراهنة موجباً طبيعياً ، لانه وان كان لا يخول الرابح حق المداعاة بشأنه ، لكن لا يحق للخاسر أن يسترد ما دفعه اختياراً (المادتان ١٠٢٤ و ١٠٢٦) . وايضاً نص قانون التجارة اللبناني على ان الابراء الناتج عن عقد الصلح البسيط الذي يعقده المفلس مع دائنيه يترك برغم ذلك على عاتق هذا المفلس موجباً طبيعاً (المادة ٥٧٢) .

وأثر الموجب الطبيعي هو ان ما يفعله المدين عن علم لتنفيذه « لا يصح استرداده ولا يعدّ تبرعاً ، بل يكون له شأن الايفاء » (المادة الرابعة) . وايضاً يصح تحويل هذا الموجب الى موجب مدني بتجديد التعاقد (المادتان ٦ و ٣٢٢) .

غير انه فيما عدا ذلك لا أثر للموجب الطبيعي في الاجتهاد الفرنسي والقانون اللبناني . فهو ، خلافاً لما كان عليه عند الرومان ، لا يسوغ ان يكون موضوع

---

(١) كولان وكابيتان ، ج ٢ ص ٦٤ — ٧٤ .

(٢) إنظر مقال الرئيس روسيه عن الموجبات الطبيعية، في النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٤٥ ، ص ٢٣ و ٣٧ و ٤٥ .

المقاصة ولا التأمين بكفالة او رهن ما دام موجباً طبيعياً (المادتان ٥ و ٧) .

ولا بد من الملاحظة أن بعض الشرائع لم تتأثر بهذه النظرية ولم تأخذ بها . ففي الشريعة الانكليزية مثلا ، حاول بعض القضاة ، كاللورد مانسفيلد ، ان يقرّوا مبدأ الموجب الادبي او الطبيعي ، ولكن الرأي السائد في الاجتهاد نبـــذه ورفض الاعتراف به [١] .

موقف الشريعة الاسلامية

معلوم ان الشريعة الاسلامية الغرّاء شريعة آلهية في مصادرها واصولهـــا واحكامها . فجمعت في علم واحد ، هو علم الفقه ، مبادىء العبادات والمعاملات ، او مبادىء الديانة والقضاء [٢] .

وقد كان لهذا الارتباط والتداخل أثر كبير في باب المعاملات . وكان من ثم لمبادىء الدين السامية تأثير عظيم في مسائل المعاملات ، حتى تشابك الاحسان بالعدل في القرآن الكريم وفي مواضع عديدة ، على ما اوضحنا في دراساتنا السابقة لا سيما في بحث سوء استعمال الحقوق .

فكان طبيعياً بعد ذلك ان نجد الفقهاء في الغالب يدرسون المسألة الواحدة من ناحيتيها الدينية والمدنية . فاذا رأوا ان الحكم شبيه في الناحيتين اطمأنوا الى نتيجة اجتهادهم . ولكن اذا رأوا خلافاً بين وجهتي النظر لم يتأخروا عن الجهر بهـــذا الخلاف وعن القول بان الحكم وان كان في القضاء على جانب فهو في الديانة عـلى جانب آخر ، ولم يترددوا عن الافتاء باتباع جانب الديانة .

ونحن نرى ان الفقهاء ، وان لم يقروا الموجب الطبيعي كنظرية عامة على غرار القوانين الوضعية ، الا انهم توصلوا بهذا التفريق بين القضاء والديانة الى نتيجـــة شبيهة . وهاك امثـــلة من ذلك نقتطفها من بعض كتب الحنفيين . وهي ليست حصرية ، بل انما نسردها على سبيل التمثيل ليس الا .

---

(١) انظر آنسون (ص ١١٩ — ١٢٠) ، والقرار الصادر بدعوى ايستوود ضد كنيون عام ١٨٤٠ (Eastwood v. Kenyon, 1840,11 Ad. & E 438) .

(٢) راجع ما قلناه في هذه المسألة في الباب الاول من كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ص ١٨ ـ ٢٠ .

اولا — سنرى في الباب الآتي ان مرور الزمان او التقادم من اسباب عـدم سماع الدعوى . ففي المجلة لا تسمع دعوى الدين مثلاً بعد مرور خمس عشرة سنة . ولكن رغم عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة ، لا يسقط الحق بتقادم الزمـان . فعليه اذا اقر المدين بدينه بعد مرور الزمان او دفع من تلقاء نفسه صح الاقرار والدفع (المادتان ١٦٦٠ و ١٦٧٤ من المجلة) . وسنوضح كل ذلك قريباً .

ثانياً — رأينا في بحث الفضولي [١] ان الحنفيين لم يعتبروا عقود الفضولي نافـذة بدون اجازة صاحب الحق الا في بعض المستثنيات . ومن هذه المستثنيات : « لو انفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصي لهم ، او قضى الوصي ديناً علمه على الميت بلا معرفة القاضي والورثة فلا ضمان في الكل ديانة » [٢] .

ومعنى ذلك ان تصرف الفضولي في هذه الاحوال ، وان لم يكن نافـذاً قضاء لعدم الاذن أو الاجازة ، الا انه نافذ ديانة ، ولا ضمان على فاعله ، لانه انما عمل عملاً بنيّة النصيحة والمؤازرة والمعروف .

ثالثاً — مرّ معنا ايضاً ان الحنفيين ، خلافاً لجمهور الفقهاء ، قالوا بان السارق اذا عوقب بالحدّ الشرعي لا يجب عليه ضمان المال المسروق عند تلفه او اتلافه [٣] . ولكنهم نظروا الى هذا الحكم من ناحية الديانة فوجـدوه قاسياً . لذلك « روى هشام عن محمد (بن الحسن) انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة . فأما ديانة ، فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق » [٤] .

وهذا ، كما ترى ، شبيه بما لو قلنا بوجود الموجب الطبيعي على السارق ، اذ انه لا يجبر على الضمان قضاء بل انما يجبر ديانة . فاذا أدّى التعويض برىء من الاثم ، وليس له على ما نعتقد ان يسترد ما اداه ولا يعتبر متبرعاً فيه .

رابعاً — كذلك رأينا ان جمهور الفقهاء قالوا بعدم لزوم الوفاء بالوعد المجرد [٥] . ولكن هـذا الوعد يصح الوفاء به اختياراً . ويؤيد ذلك ما جاء في الحامدية انه : « اذا وعد زيد عمرواً ان يعطيه غلال ارضه الفلانية فاستغلها وامتنع من ان يعطيه

---

(١) الجزء الاول ، ص ٦٥ .
(٢) رد المحتار ، ج ٥ ص ١٧٤ .
(٣) الجزء الاول، ص ١٣٣ .
(٤) فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦٣ .
(٥) انظر هذا الجزء ، ص ٩٣ .

من الغـــلة شيئاً ، لا يلزمه الوفاء بوعده شرعاً ، وان وفى فبها ونعمت » . اي ان الايفاء الاختياري مقبول ، لان « الخلف في الوعد حرام » [1] في الديانة .

خامساً — في المذهب الحنفي ، ليس على الام ان ترضع ولدها ، ولا تجبر على ذلك قضاء . ولكن « الارضاع مستحق عليها ديانة » . فلذا لو استأجرها زوجها لترضع ولدها لم تجز الاجارة [2] .

وبعبارة اخرى ، ان الام لما ارضعت طفلها كان فعلها تأدية لما يجب عليها ديانة ، فلا يصح لها ان تأخذ اجراً على ذلك ، كما لا يصح استرداد اداء الموجب الطبيعي في القوانين التي أخذت به .

وبهذه المناسبة ، نذكر ان استئجار الزوج زوجته لارضاع طفلها لا يجوز ايضاً عند الامام الشافعي في رواية عنه . أما في الرأي الحنبلي المختار ، فان هـــذه الاجارة جائزة [3] .

سادساً — رأينا ايضاً كيف يكون حكم عقود العبد ، وكيف تنفذ من ماله ان كان له مال ، وكيف يتعلق الباقي برقبته او بذمته . فهنا ايضاً لا تصح هـــذه العقود احياناً من ناحية القضاء ، ولكنها تصح ديانة وتنفذ على ما اوضحنا ، فلن نعود اليه فليراجع [4] .

سابعاً — قال قاضيخان : « رجل قال لآخر حللني من كل حق لك عليّ ، ففعل وابرأه . فان كان صاحب الحق عالماً بما عليه برىء المدبون حكماً وديانة . وان لم يكن عالماً يبرأ في الحكم ولا يبرأ ديانة في قول محمد (بن الحسن) » [5] . فاذن لو دفع المدبون الدين اختيارياً بعد هذا الابراء ، صح الدفع ولا داعي لاسترداده .

ثامناً — يجوز في المذهب الحنفي للاب المحتاج ان يبيع عروض ابنه الكبير الغائب بقدر حاجته . ولكن لا يجوز له ان يبيع أمواله في غير دين النفقة . وان فعل ذلك ضمن قضاء ، لا ديانة .

---

(١) تنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٣٧٢) ، والاشباه والنظـــائر لابن نجيم (ص ١١٥) ، وشرحه غمز عيون البصائر للحموي (ج ٢ ص ١٠٩ — ١١٠) ، والمحلى ج ٨ رقم ١١٢٥) .

(٢) الهداية ، ج ٢ ص ٣٨ .

(٣) الشرح الكبير ، ج ٦ ص ٣٤ .

(٤) انظر هذا الجزء ، ص ١٦٢ .

(٥) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ص ٢٩٢ ، بهامش الهندية .

تاسعاً – وختاماً مثل أخير، يبين بوضوح ليس بعده وضوح تأثير الدين في المعاملات والقضاء. وهذا المثل يتعلق بالبهائم إذا تمنع صاحبها عن الانفاق عليها. فهل يجبر هذا على الانفاق؟ نعم يجبر ديانـــة لا قضاء في ظاهر المذهب الحنفي المروي عن الشيخين ابي حنيـــفة وابي يوسف. اما عند محمد بن الحسن، وعند بعض الحنفيين كالطحاوي والكمال، وعند باقي ائمة المذاهب الثلاثة، فانه يجـبر قضاء ايضاً. ويفسّر ذلك كله النهي الشرعي عن تعذيب الحيوان واضاعة المال [١].

وبعد، فظاهر من الامثلة التي قدمنا وما اليهـــا ان للشريعة الاسلامية نظرية خاصة في التفريق بين القضاء والديانة، نظرية ترتكز على فلسفة التشريع وأصوله وتشابك أحكام العبادات والمعاملات جميعاً، في علم جامع متماسك، ترتبط بدايته بنهايته ونهايته ببدايته. وهذه النظرية على كل حال، وان لم يكن فيهـــا نظرية الموجب الطبيعي الرومانية بعينها، الاّ ان فيها ما يشبه تلك النظرية كثيراً.

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج ١ ص ٤٥٣. انظر ايضاً الجزء الاول من هذا الكتاب، ص ٢٣٣.

سادساً — وأنا أيضاً كيف يكون حكم عقود الصفقة، وكيف تنفذ من ماله إن كان له مال، وكيف يتعلق الباقي برقبته أو بذمته. فهنا أيضاً لا أستتبع هذه العقود إيماناً من ناحية القضاء، ولكنها تصح ديانة، وتنفذ على ما أوضحنا، فليعد إليه فليراجع[٤].

سابعاً — قال قاضيخان: «رجل قال لآخر حللني من كل حق لك عليّ، ففعل وأبرأه. فإن كان صاحب الحق عالماً بما عليه برئ من الديون حكماً وديانة. وإن لم يكن عالماً برئ في الحكم ولا يبرأ ديانة في قول محمد (بن الحسن)»[٥]. فإذن لو دفع المديون الدين اختياراً بعد هذا الإبراء صح الدفع ولا داعي لاسترداده.

ثامناً — يجوز في المذهب الحنفي للأب المحتاج أن يبيع عروض ابنه الصغير الغائب بقدر حاجته، ولكن لا يجوز له أن يبيع أمواله في غير دين النفقة، وإن فعل ذلك صح قضاء لا ديانة.

---

(١) القواعد الفقهية (ج [illegible] ص ٢٧٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٢٢)، وشرحه غمز عيون البصائر للحموي (ج ٢ ص ٢٠٩ — ٢٢٦)، وانظر ج [illegible] رقم [illegible] =

(٢) الهداية، ج ٣ ص ٣٨.

(٣) الشرح الكبير، ج ٦ ص ٣٠٥.

(٥) الفتاوى الهندية، ج ٣ ص ٢٩٢، بهامش القنية.

الباب الثاني

سقوط الموجبات

الفصل الاول

الايفاء

تمهيد

ان الرابطة الشخصية التي تنشأ من الموجبات لا تكون أبدية ، بل انما تسقط بأسباب معينة . ولقد قدّمنا من هذه الاسباب فئة خاصة بالعقود ، كالفسخ والبطلان وما الى ذلك ، ولسنا نعود اليها .

غير ان من هذه الاسباب فئة أخرى عامة تسقط بها الموجبات جميعاً ، بما فيها العقود . وهذه موضوع بحثنا في هذا الباب .

وأهم هذه الاسباب بلا ريب الايفاء ، لانه تنفيذ الموجب بعينه ، ولانه الغاية الاصلية من كل موجب على الاطلاق . والى جانب الايفاء توجد أسباب اخرى . منها ما كان متوقفاً على رضى الفريقين الصريح او الضمني ، كالاستبدال او اداء العوض ، وتجديد الموجب ، والابراء . ومنها ما كان خارجاً عن رضى الفريقين ، كمرور الزمان ، واتحاد الذمة ، والمقاصة ، واستحالة التنفيذ .

ونحن نبدأ في هذا الفصل بالبحث في الايفاء ، على ان نبيّن في الفصول القادمة باقي أسباب سقوط الموجبات . ويشترط في الايفاء توافر بعض الشروط ، لجهة من يجوز له الاستيفاء ، ومن يجب عليه الوفاء ، ولجهة مكان الايفاء وزمانه ومصروفاته ،

وما الى ذلك. فنحن نوضح كل هذه الشروط، ثم نبين مفاعيل الايفاء وما يتعلق بها.

من استيفاء الالتزام

ان استيفاء الديون والالتزامات يعود مبدئياً الى الدائن والى صاحب الحق وحده. ويعود ايضاً الى وكيله أو وليّه او وارثه او الى الموصى له به[1]. وكذلك يجوز استيفاء الدين واقتضاء الالتزام من قبل احد الشركاء في بعض شركات العقد، باعتبارها تتضمن الوكالة المتبادلة بين اعضائها، كما سنرى.

وعند تمنع الدائن او من يقوم مقامه عن استيفاء حقه يجوز للمدين ان يراجع الحاكم. وللحاكم حينئذ ان يأمر الدائن بالقبض او بالابراء. فان اصر هذا على الامتناع، قبض له الحاكم الدين وبرىء المدين[2].

وبهذا الشأن نص قانون الاجراء العثماني (المادة ٣٥) على ان المحكوم عليه ان يبرز لدائرة الاجراء الحكم الصادر عليه، ويسلمها الدين المحكوم به على وجه الوديعة باسم الدائن، فتنقطع عنه بعدئذ فائدة الدين.

وايضاً ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني: «ان الدائن الذي يرفض لغير سبب مشروع الايفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الاصول، يعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي. ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشيء او تعيّبه على عهدة هذا الدائن وينقطع حكم الفائدة عن الدين. وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمديون ايداع موضوع الموجب وتحميل الدائن عبء النفقة والمخاطر، وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب» (المادة ٢٩٤).

وقد اكمل هذا النص بقانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، الذي اجاز للمدين ان يجري العرض الفعلي على يد الكاتب العدل، ثم اجاز له إن رفض الدائن هذا العرض ان يودع المبلغ او الشيء المتوجب عليه لدى مصرف او مؤسسة تقبلها الحكومة (المادتان ٨٥٠ و ٨٥٣).

---

(١) المبحث السادس من شرح علي حيدر بعد المادة ١١١٣ من المجلة.

(٢) الام (ج ٣ ص ١٢١)، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١١٠ ص ٢٤٥)، ومرشد الحيران (المادة ٢٠٩).

ممن يكون الايفاء

في الاصل يكون الايفاء من جانب المدين . ويكون ايضاً من جانب وكيله او وليه او كفيله ، او من كان بمنزلة الكفيل متضامناً معه ، مثل الشريك في بعض انواع شركة العقد ، كشركة المفاوضة وشركة الاعمال [١] . ولكل من هؤلاء جميعاً ان يرجع على المدين الاصلي ويحاسبه بما دفعه عنه [٢] .

وكذلك يجب الاداء على ورثة المدين بعد وفاته في الموجبات التي تنتقل بالارث . فلو أدّى احد الورثة دين المورث من ماله الخاص ، كان له ان يرجع على باقي الورثة كل بنسبة حصته في الارث ، لكن شرط ان لا يزيد نصيبه في الدين على حصته في التركة ، وفاقاً لقاعدة « الغرم بالغنم » [٣] .

واخيراً يسوغ الاداء من قبل الاجنبي ، أي غير المدين ومن يقوم مقامه ممن ذكرنا . وليس لهذا الاجنبي ان يسترد ما دفعه ، ولا لصاحب الحق ان يرفض هذا الاداء مبدئياً ، الا في الالتزامات التي تكون بطبعها او بمقتضى اتفاق الفريقين واجبة على المدين شخصياً .

مثاله ، في اجارة العمل ليس للاجير الذي استؤجر على ان يعمل بنفسه ان يستعمل غيره . ولكن لو لم يكن هذا الشرط صراحة او دلالة ، بل اطلق العقد حين الاستئجار ، فللاجير ان يستنيب غيره في العمل [٤] .

وان من أدّى عن غيره واجباً او قضى عنه ديناً بأمره كان له الرجوع عليه بالاتفاق . اما عند عدم الامر او التفويض ، فان له الرجوع ايضاً عند ابن حنبل ومالك ، إن كان عمله قد جرى بقصد الرجوع . ولكن عند أبي حنيفة والشافعي ، يعتبر الدافع متبرعاً بعمله ولا رجوع له على المدين ، على ما اوضحنا في باب

---

(١) المواد ٦٤٤ و ١٣٣٤ و ١٣٥٦ و ١٣٥٩ و ١٣٨٧ من المجلة .

(٢) المواد ٦٥٧ و ١٣٣٤ وما بعدها من المجلة .

(٣) المادة ٨٧ من المجلة ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٧٥ ص ١٤١) .

(٤) المادتان ٥٧١ و٥٧٢ من المجلة ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ٦٩ ص ١٢٣) ، والفروق للقرافي (ج ٢ ص ٢٠٥) .

الفضولي [١].

زمان الايفاء

يختلف وقت الاداء باختلاف الموجبـــات . فمنها ما يكون معجلاً ، ومنها ما يكون مؤجلاً .

ولا بدّ للتأجيل من نص في العقد أو من دلالة مستنتجة من ماهية الموجب او من التعامل او العرف . وعند عدم الصراحة او الدلالة على التأجيل يعتبر الموجب نافذاً في الحال ، لان الاصل في الموجبات التعجيل ، على ما أوضحنا في بحث الاجل. وقـد اوضحنا ايضاً في ذلك البحث ان الاداء يكون في الاصل يوم الاستحقاق ، وذكرنا خلاف المذاهب في مسألة تنازل المدين عن الاجل وحكم الايفاء قبل حلوله . فلن نعود الى ذلك ، فليراجع [٢] .

ونحن لا نستطيع ان نلم ههنا بكل انواع الموجبات لبيان زمان الايفاء فيها . انما نكتفي بمثالين من البيع والاجارة .

اولاً – في البيع .

ان عقد البيع المطلق ينعقد في الاصل معجلاً ، بمعنى ان دفع الثمن واجب الاداء دون تأخير ، إلا إذا كان العرف او شرط المتعاقدين بعكسه . فحينئذ يكون الدفع في الاجل المعين [٣] .

ثانياً – في الاجارة .

اختُلف في زمان دفع الاجرة في عقد الاجارة . فعند الامامين الشافعي وابن حنبل تجب الاجرة بنفس العقد . ومعناه انه لو استأجر احد منفعــــة لمدة معلومة

---

(١) انظر الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٦٥ و ٨٢ ، واعلام الموقعين (ج ٢ ص ٣٢٦ و٣٢٨)، و بداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٧) ،والزيلعي (ج ٤ ص ١٥٥) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٦٣) ، وجامع الفصولين (ج ٢ص٢١٦) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ص ٦٨)، والقواعــد لابن رجب (القاعدة ٧٥ص ١٣٧) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨٥) ، ومرشد الحيران (المادة ٢٠٥) .

(٢) ص ٢٢٤ من هذا الجزء .

(٣) المادتان ٢٤٥ و ٢٥١ ن المجلة .

باجرة معلومة ولم يشترط المتعاقدان تعجيل الاجرة او تأجيلها ، فتستحق جميع الاجرة من وقت الانعقاد والتسليم ، لان المؤجر سلم المأجور وملك المستأجر المنفعة ، فصارت موجودة حكماً ووجب بالمقابلة تسليم الاجرة .

ولكن عند الامامين ابي حنيفة ومالك لا تلزم الاجرة حالا ، بل بعد استيفاء المنفعة ، الا ان يكون العرف او شرط المتعاقدين يقتضي التعجيل أو ان يدفع المستأجر الاجرة مقدّما برضاه . وبهذا اخذت مجلة الاحكام العدلية (المواد ٤٦٦ – ٤٦٨) ، وقانون الموجبات اللبناني (المادة ٥٦٩) .

وتعليل الحنفيين ومن ذهب مذهبهم في هذه المسألة ان عقد الاجارة « ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع ... ، والعقد معاوضة من قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل الآخر »[١] .

واخيراً سؤال : أيجبر المدين على الاداء قبل المطالبة أم لا يجبر ؟ لا ريب في أن الجواب يقتضي التفصيل ، على ما أوضحه ابن رجب[٢] .

فاذا كان الموجب موضوعه دين في الذمة ، كالنقود ، فانه لا يجب اداؤه بدون مطالبة المستحق . أما اذا كان موضوعه عين معينة ، فلا يجب رد هذه العين الى صاحبها بدون مطالبة الا اذا كانت في يد المدين الملتزم بدون رضى صاحبها ، أو إذا تعهد الملتزم تسليمها بعد مدة ، كما في العارية التي تبقى في يد المستعير بعد استيفاء الغرض المستعار له . وفيما عدا ذلك من الاحوال ، لا يجب أداء العين الا بمطالبة المستحق ، كما نرى في حالة المبيع الذي يبقى في يد البائع أو في حالة الوديعة الموجودة في يد الوديع برضى صاحبها .

ويشبه ذلك ما جاء في قانون الموجبات اللبناني ، ولكن مع بعض الخلاف في التفصيل . ففي هذا القانون لا يعتبر المدين متأخراً عن الاداء الا بعد مطالبته بذلك خطياً ، ما عدا بعض المستثنيات ، كاستحالة التنفيذ ، او كما في الموجب الذي وضع فيه الاجل لمصلحة المدين ، أو في الموجب الذي يكون موضوعه رد شيء أحرزه المدين بوجه غير مشروع (المادتان ٢٥٧ – ٢٥٨) .

---

(١) الهداية (ج ٣ ص ١٨٧) ، والبحر (ج ٧ ص ٣٠٠) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٧٥) ، والمغني (ج ٦ ص ١٤) ، وحاشية البيجوري على شرح ابن قاسم على متن ابي شجاع (ج ٢ ص ٣٠) .

(٢) القاعدة ٤٢ ، ص ٥٣ – ٥٤ .

مكان الايفاء

في الموجبات التي يكون موضوعها من الاعيان المعينة يكون الايفاء مبدئياً في المكان المتفق عليه في العقد . وعند عدم الشرط يكون الايفاء في مكان وجود الشيء وقت انشاء العقد .

بهذا قال قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٣٠٢) ، والقانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٤٧) . وبه ايضاً أخذت المجلة في باب البيع ، حيث جاء فيها انه « اذا بيع مال على ان يسلم في محل كذا لزم تسليمه في ذلك المحل » ، واذا كان البيع مطلقاً لم يعين فيه مكان تسليم المبيع ، وجب التسليم في المحل الذي وجد فيه وقت العقد [١] .

وأيضاً في الوديعة ، « يعتبر مكان الايداع في تسليم الوديعة . مثلاً لو أودع مال في استانبول يسلم في استانبول أيضاً ولا يجبر المستودع على تسليمه في أدرنه » (المادة ٧٩٧) .

أما إذا لم يكن موضوع الموجب من الاعيان المعينة ، بل كان ديناً في الذمة ، كالنقود والاشياء المثلية قبل تعيينها ، فأين يكون الايفاء عند عدم التعيين في العقد ؟ أيكون في محل إقامة المدين أم في محل إقامة الدائن ؟ وبكلمة ثانية ، هل على المدين أن يحضر الدين في استحقاقه إلى الدائن ، أم على الدائن أن يأتي لعند المدين أو يرسل رسولا عنه ليقبضه منه ؟ هذا سؤال له أهميته العملية ، لا سيما من جهة مخاطر النقل . وقد اختلفت النظريات فيه .

ففي القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٤٧) ، والقوانين التي نقلت عنه كقانون الموجبات اللبناني (المادة ٣٠٢) ، إذا لم يكن موضوع الموجب من الاعيان المعينة ولم يوضع شرط صريح أو ضمني في هذا الشأن وجب الايفاء في محل إقامة المدين . ويستند ذلك إلى المبدأ القائل بان « الديون تطلب ولا تحمل » [٢] .

وهذا موافق لقواعد الصلاحية في أصول المحاكمة ، التي توجب إقامة الدعوى

---

(١) المادتان ٢٨٧ و ٢٥٨ منها ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٣٧) .

(٢) Les dettes sont quérables et non portables . كولان و كابيتان ، ج ٢ ص ٨١ .

الشخصية في محل إقامة المدين [١] . وهو موافق أيضاً للقاعدة التي قدمنا بشأن لزوم مطالبة المدين حتى يعد متأخراً عن الايفاء .

ولكن الاجتهاد الانكليزي ذهب مذهباً آخر في الحالة التي نحن بصددها ، وقال بان على المدين هو أن يتحرى الدائن ويدفع اليه الدين في استحقاقه [٢] . وهو قول وجيه فيه كثير من العدل والمماثلة في المعاملات .

أما في الشريعة الاسلامية ، فلم أر نظرية عامـــة . إنما يمكن استخلاص بعض القواعد من أحكام عقد القرض وأحكام دفع الثمن في البيع .

ففي القرض ،يجب مبدئياً أن يحصل الايفاء في مكان الاقراض . فأذا وجـــد المقرض المستقرض في بلد آخر وطالبه بالايفاء ، وكان الدين لا مؤونة في حمـــله ، كالنقود ، لزم المستقرض الدفع ، لان التسليم في هذا البلد وغيره واحد . اما إذا كان في حمل القرض مؤونة وعرض المستقرض دفع المثل وأبى المقرض ، فان له ذلك ، لان عليه ضرراً في قبضـــه ، ولأن المكان الذي يجب فيه التسليم هو البلد الذي حصل القرض فيه [٣] . وقيل ان الغصب كالقرض في هذه الاحكام [٤] .

وفي مكان دفع ثمن المبيع تفصيل طريف في كتب الحنفية ، نلخصه كما يلي : —

اولا — اذا كان الثمن معجلا ، فلا يجوز اشتراط دفعه في بلد آخر غـــير بلد العقد ، والا كان العقد فاسداً عند محمد بن الحسن . أما عند ابي يوسف فانه يصح استحساناً فيما لحمله مؤونة ، لكن للبائع ان يطلب الثمن حيث شاء [٥] .

ثانياً — اذا كان الثمن مؤجلا وكان نقله يحتاج الى نفقة ، فيشترط فيه تعيـين مكان الايفاء .

ثالثاً — اذا كان الثمن مؤجلاً وكان نقله لا يحتاج الى نفقة ، فلا يصح تعيـــين

---

(١) راجع المادة ٩٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(٢) To find out the creditor and pay him the debt when due

انظر آنسون (ص ٣٤٢) ، وستيفن (ج ٣ ص ٧٥) ، والحكم الصادر في قضية والتون ضد مسكول (Walton v. Mascall , 13 M & W . 458) .

(٣) المغني (ج ٤ ص ٣٦٥) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٥٣) .

(٤) الفتاوى الانقروية ، ج ١ ص ٣٠٩ .

(٥) عند اهل الظاهر ايضاً لا يحل اشتراط ايفاء الثمن او المبيع في مكان مسمى ، على ما روى ابن حزم في المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٥٤ .

مكان الايفاء . وان وجد مثل هذا التعيين ، عدّ باطلا ، وجاز للبائع مطالبة المشتري بالثمن أين شاء [١] .

وبعد ، نستخلص من ذلك ان للبائع ان يطالب بالثمن حيث شاء ، إلا في الثمن المؤجل الذي يكلف نقله مؤونة ، فحينئذ يجب تعيين محل الايفاء . وان هذا بعبارة اخرى قريب من القول بان الايفاء يكون في بلد الدائن اذا شاء . وهو قول بعيد عن قاعدة القانون اللبناني ، وشبيه بعض الشبه بالاجتهاد الانكليزي .

ومع ذلك ، فنحن نرى العكس في مسألة بيع السلم . ففي هذا البيع يجب ان يكون المبيع من الاشياء التي تقبل التعيين بالقدر والوصف ، اي من الاشياء المثلية ، ويجب تعيين مكان الايفاء . ولكن اذا اختلف الطالب والمطلوب ، اي الدائن والمدين ، في مكان الايفاء ، ولم يكن لاحدهما بيّنة على ادعائه ، فالقول قول المطلوب مع يمينه عند ابي حنيفة ، أي ان التعيين يكون تعيين المدين [٢] .

وأخيراً ، نذكر ما جاء في بعض المذاهب ، كالمذهب الظاهري البائد ، انه لا يحل بيع سلعة مع تسمية مكان الدفع او التسليم . فهذه التسمية باطلة ، وللمشتري تسلم المبيع وايفاء الثمن حيث يجد البائع او وكيله من بلاد الله [٣] .

نفقات الايفاء

في القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٤٨) ، وقانون الموجبات اللبناني (المادة ٣٠٤) ، تكون نفقات الايفاء على عاتق المدين . وهذا شبيه بما قالته المجلة وفقهاء المذاهب المختلفة في بحث البيع .

فمؤونة واجبات المشتري ، كعدّ النقود ووزنها ، تلزم عليه . ومؤونة واجبات المبيع ، كالمصاريف المتعلقة باجرة الكيل والوزن ، تلزم البائع وحده ، ما عدا في بعض المستثنيات . ومنها الاشياء المبيعة جزافاً ، فان مصاريفها تلزم المشتري . ومنها ايضاً الاشياء التي تباع محمولة على الحيوان فان مصاريفها تكون جارية على

---

(١) الفتاوى البزازية (ج ١ ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨) ، والانقروية (ج ١ ص ٢٨٥) .

(٢) المبسوط (ج ١٢ ص ١٥٦) ، والمادتان ٣٨١ و ٣٨٦ من المجلة .

(٣) المحلى ، ج ٨ رقم ١٤٥٤ .

حسب عرف البلدة وعادتها[١] .

وان هـذا الحكم يطبق ايضاً في جميع الاحوال التي يكون على المدين فيها واجب الاقبـاض ، كما في الاعارة والغصب والاتلاف وما أشبه . ففيها جميعاً ، تكون مؤونة الاقبـاض على المقبض ؛ او بعبارة اخرى تكون مصاريف الايفاء على المدين .

اما في الاحوال التي لا يجب فيها على المدين الا تمكين صاحب الحق من القبض ، فمؤونة الايفاء لا تقع على المدين . مثـاله في الامانات والودائع لا يجب على الامين والوديع الا تمكين صاحب الامانة من اخذها ، ولا يلزمه الاقباض ولا دفع مؤونته[٢] .

ولهذه القاعدة مستثنيات وضوابط خاصـة في قانون الطوابع اللبناني ، الذي يوجب دفع رسم الطوابع مبدئياً على من صدرت عنه الورقـة او السند او الاعلان الخاضع للرسم ، الا الوصولات وأوراق الابراء ، فان رسمها يكون على من يأخذها[٣] .

جهة الايفاء عند تعدد الديون

اذا كانت بذمـة المدين الواحد ديون متعددة لدائن واحد ، وأدّى المدين قسماً منها ، ثم اختلف الاثنان على تعيين جهة الايفـاء ، أفيؤخذ بقول الدائن ام بقول المـدين ؟

قالت المجـلة انه يعتبر تعيين المدين ، إذ نصّت على أنه « اذا أعطى من عليه ديون مختلفـة لدائنه مقداراً من الدين ، فالقول له فيما اذا ادعى انه أعطاه محسوباً بدينه الفلاني » (المادة ١٧٧٥) .

مثاله لو كان على المستأجر دين غير الاجرة ، فدفع مبلغاً ، وقـال دفعت عن الدين ، وقال الآجر عن الاجرة ، فالقول قول الدافع ، لانه اعلم بجهة الدفع[٤] .

---

(١) المواد ٢٨٨ — ٢٩١ من المجلة ، والبحر (ج ٥ ص ٣٠٦) ، والهندية (ج ٣ ص ٣٨) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٦٧) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٤٥٤) ، والمغـني (ج ٤ ص ٢٢٠) .

(٢) المادة ٧٩٤ من المجلة ، وقواعد الاحكام للعز بن عبد السلام (ج ١ ص ١٧٩) .

(٣) المادة الخامسة من المرسوم الاشتراعي رقم ١٣٠ ل الصادر في ٢٠ كانون الاول سنة ١٩٣٣ .

(٤) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٧) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٥٨) .

وقال ابن نجيم : « القول للمملك في جهة التمليك . فلو كان عليه (اي الدافع) دينان من جنس واحد ، فدفع شيئاً ، فالتعيين للدافع ، الا اذا كان من جنسين لم يصح تعيينه من خلاف جنسه »[١] . ومعنى ذلك انه يشترط في صحة تعيين جهة الايفاء من جانب المدين ان تكون الديون متحدة الجنس ، لانه عند اختلاف الجنس يعتبر المال المدفوع من أصل الدين أو الديون التي من جنسه ، وليس للمدين حينئذ أن يعين ايفاءه من جنس آخر .

مثلاً ، لو حُكم للمرأة على زوجها بالنفقة ، وكان لها عليه ايضاً بقية المهر ، فاعطاها شيئاً ، ثم اختلفا . فقال الزوج هو من المهر ، وقالت المرأة لا بل هو من النفقة ، فالقول قول الزوج ، لان الدافع أعلم بجهة الايفاء . ولكن يشترط ان يكون المؤدّى شيئاً من جنس الاشياء التي تعطى في المهر عادة . أما إذا كان شيئاً من جنس النفقة كالطعام وما أشبه ذلك ، فلا يقبل تعيين الزوج[٢] .

وقد نص قانون الموجبات اللبناني ايضاً على حق المدين مبدئياً في تعيين جهة الايفاء عند تعدد الديون ، ثم قيّد ذلك بشروط وا كمله بتفصيلات كما يلي : —

اولاً — ان للمدين ان يصرح عند الايفاء بالدين الذي يقصد إلى ايفائه ، على انه لا يمكنه ايفاء رأس المال قبل الفوائد ولا ان يفضل ايفاء دين غير مستحق الاداء على دين مستحق (المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨) .

ثانياً — اذا لم يعين المدين جهة الايفاء يكون الخيار للدائن ، شرط ان يعمد اليه بلا تأخير في سند الايصال نفسه ما لم يعترض عليه المدين (المادة ٣٠٨) .

ثالثاً — « اذا لم يكن هناك تخصيص صريح من قبل احد المتعاقدين ، وجب أن يعدّ الايفاء مختصاً بالدين المستحق الاداء لا بالدين الذي لم يحلّ أجله . وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الاداء ، فيخصص الايفاء بالدين الذي يكون من مصلحة المديون ان يوفيه قبل غيره ، والا فبالدين الذي يكون أثقل عبئاً من سواه . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير ، يشمل الايفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها » (الماده ٣٠٩) .

---

(١) الاشباه والنظائر ، ص ١٠٥ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ١ ص ٥٧٢ — ٥٧٣ .

موضوع الايفاء

إن الاداء يكون مبدئياً بتنفيذ موضوع الموجب بعينه، ولا يجوز البدل إلا إذا بطل الاصل، كما أوضحنا في غير هذا المعرض.

فاذا كان موضوع الموجب عيناً، أي شيئاً معيناً، فلا يصح الايفاء إلا باعطاء الشيء المعين دون غيره. مثاله، لو تعين المبيع في عقد البيع، لزم البائع تسليمه بعينه، وليس له أن يعطي سلعة غيره من جنسه (المادة ٢٠٤ من المجلة).

ولكن إذا كان موضوع الموجب ديناً، أي مما كان ثابتاً بالذمة كمقدار من النقود أو من الاشياء المثلية، فالايفاء يكون بمثل الدين جنساً رقدراً ووصفاً، لتعذر إيفاء العين ووفاقاً للقاعدة العامة «الديون تقضى بامثالها»[١].

وهذا يستتبع طبعاً أن الدائن لا يجبر على قبول الانقص من المثل. ولكن هل يجبر على قبول الجنس الاجود؟ أفتى الحنفيون في الرأي المختار إنه لا يجبر على ذلك أيضاً[٢]. ولكن إذا قبل الدائن بالاجود، وتطوع المديون بدفعه بدون شرط، فلا يعتبر ذلك من باب الربا عند جمهور الفقهاء، ما عدا مالكاً[٣].

وللنقود في مسائل المداينات احكام نرى إيجاز بعضها على سبيل الفائدة، أخذاً عن كتب الحنفية بوجه خاص: —

اولا — في العقد الذي لم يعين فيه النقد إلا بقدره ونوعه دون وصفه، ينصرف مطلق العقد إلى النقد الغالب بدلالة العرف والعادة. وهذا يجري في ثمن المبيع في عقد البيع، ويجري أيضاً في الاجارة والصلح وما أشبه[٤].

ثانياً — في حال تعدد النقود وتساويها في الرواج والمالية، يكون الخيار للمدين بتعيين نوعها. مثلاً في المجلة «إذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كان

---

(١) الاشباه لابن نجيم (ص ١٠٥)، والمنافع شرح المجامع (ص ٣٢٠).

(٢) البحر الرائق وبهامشه منحة الخالق (ج ٦ ص ١٢٢)، والهندية (ج ٣ ص ٢٦٦)، والانقروية (ج ١ ص ٣١٠). انظر بعض التفصيل في مذهب مالك في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٨٩).

(٣) المحلى، ج ٨ رقم ١١٩٣.

(٤) البحر، ج ٥ ص ٢٨١ — ٢٨٢.

للمشتري أن يؤدي الثمن من أي نوع شاء من النقود الرائجة غير الممنوع تداولها ، وليس للبائع أن يطلب نوعاً مخصوصاً منها » (المادة ٢٤١) .

أما إذا اختلفت هذه النقود المتعددة في المالية ، فقد أفتى المتأخرون من الحنفيين بعدم تخيير المشتري ، وبان هذا يؤمر « بدفع المتوسط رخصاً لا الاكثر رخصاً ولا الاقل ، حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ولا بالبائع . لكن هذا اذا حصل الرخص لجميع أنواع العملة . أما لو بقي منها نوع على حاله فينبغي ان يقال بالزام المشتري الدفع منه ، لان اختياره دفع غيره يكون تعنتاً بقصد اضرار البائع مع امكان غيره »[١] .

وهذا ، كما ترى ، موافق للضابط العام الذي ورد في قانون الموجبات اللبناني ، وهو انه : « اذا كان الشيء لم يعين الا بنوعه ، فلا يجب على المديون تقديمه من النوع الاعلى ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الادنى » (المادة ٢٩٩) .

ثالثاً - عند تقلب أسعار العملة المتفق عليها في العقد ، سواء في ذلك الغلاء ام الرخص ، يقوم المدين في الرأي السائد بايفائها بالمثل لا بالقيمة . فعليه اذا كسدت العملة يرد الدائن مثلها ، وفاقاً لقاعدة الديون تقضى بامثالها .

غير انه اذا منع السلطان تداول العملة الكاسدة وتركت المعاملة بها ، وجب حينئذ رد قيمتها في المذهبين الحنفي والحنبلي . ولكن عند مالك والشافعي والليث ابن سعد ، ليس على المدين الا المثل ايضاً[٢] .

ولا نرى من حاجة للقول بان أثر الايفاء هو اسقاط الموجب الاصلي ومتفرعاته . فاذا كان الموجب الاصلي مؤمناً برهن او كفالة ، فان سقوطه بالايفاء يوجب رد الرهن وبراءة الكفيل[٣] .

الايفاء باداء العوض

للمدين ان يؤدي شيئاً آخر عوضاً عن موضوع الموجب ، لكن شرط موافقة

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ، ج ٤ ص ٣٦ .

(٢) الدر المختار شرح تنوير الابصار (ج ٢ ص ١٩٥ و ٢٥٢) ، والفتاوى الانقروية (ج ١ ص ٣١٠) ، وفي تنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٦٢) ، والمغني (ج ٤ ص ٣٦٥) .

(٣) المادتان ٦٦٢ و ٧٣١ من المجلة .

الدائن وشرط مراعاة قيود الربا المعروفة في الشريعة الاسلامية .

ويسمى هذا في الاصطلاح الفقهي الاستبدال[١] ، لان الدين يستبدل به عوض آخر. وهذا الاستبدال جائز عن كل الديون إلا القليل منها ، كالشيء المسلم فيه في بيع السّلم .

وان الاستبدال ، كما ترى ، يكون احياناً من نوع الصلح . ويكون غالباً من نوع البيع ، أو هو بيع الدين بالعين[٢] ، كما جاء في تعبير الفقهاء . وعلى كل حال ، فهو تابع لاحكام البيع العادية[٣] .

---

(١) استعملت كلمة الاستبدال بمعنى آخر في مسائل الوقف ، واستعملها قانون الموجبات والعقود اللبناني بمعنى جديد في المادة ٣١١ وما بعدها .

(٢) سنرى في باب انتقال الموجبات ان بيع الدين بالعين لا يجوز الا ممن عليه الدين .

(٣) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٩٩) ، والوجيز (ج ١ ص ١٤٦) ، وفتح العزيز (ج ٨ ص ٤٣٧) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٢٤٩) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٤٩) ، والمادة ١٥٤٨ وما بعدها من المجلة ، والمادتين ٣١٨ — ٣١٩ من قانون الموجبات اللبناني .

الفصل الثاني

المقاصة

تعريفها

كثيراً ما يقع في المعاملات ان يكون احد الناس دائناً لغيره بدين ويكون مديناً له بدين آخر من جنسه وصفته ، كما لو كان لزيد مائة دينار بذمة عمرو وكان لعمرو بذمة زيد مائة وخمسون . أفينبغي حينئذ ان يدفع زيد المائة ويدفع عمرو المائة والخمسين ؟ ام يطرح الدين الاول من الثاني فلا يدفع زيد شيئاً ويدفع عمرو الباقي وهو الخمسون ؟

لا شكّ في انه يجري هذا الطرح ، ويحصل ما يسمّى في الاصطلاح بالمقاصّة . وفي هذا كما ترى المساواة بين الفريقين في اداء الديون ، وفيه ايضاً سهولة في المعاملات ، لا سيّما في حسابات التجار الجارية فيما بينهم .

وان المقاصّة ، بتعريف ابن جزي ، « هي اقتطاع دين من دين »[١] . او بعبارة ابن عرفة ، هي « متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لماله على طالبه فيما ذكر عليهما » ، أي في حال كون المماثل الذي لاحدهما هو الذي على الآخر[٢] .

اما قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فانه لم يذكر تعريفاً . بل اوضح المقاصة بقوله : « اذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومدين للآخر ، حقّ لكل منهما ان يقاصّ الآخر بما له قبله على قدر المبلغ الادنى من الدينين » (المادة ٣٢٨) .

---

(١) القوانين الفقهية . ص ٢٩٢ . وتعريف ابن جزي شبيه بتعريف مودستينوس الروماني وهو : Compensatio est debiti et crediti inter se contributio . 1 D., XVI, 2.

(٢) شرح الخرشي على سيدي خليل ، ج ٤ ص ١٤٣ .

شروط المقاصة

ان بحث المقاصّة من الابحاث التي حصلت فيها تفصيلات فرعية في بعض المذاهب . ففي مذهب مالك مثلاً ، فصّل الفقهاء في المقاصّة بين احوال اختلاف جنس الدينين واتفاقهما ، وفي حال اتفاقهما فصّلوا بين انواع الديون المختلفة ، أي بين كونهما من الطعام أو من العروض أو من النقود . ونحن لا نرى مجالاً لسرد هذه التفصيلات جميعاً [١] .

وايضاً في المذهب الحنفي تفصيلات ، ولكن يمكن استخلاص شروط المقاصّة العامة منها . ونحن نسعى لبيانها ههنا ، مع العلم بان لها مستثنيات في بعض انواع الديون . وها هي : -

اولاً - ينبغي في ديون المقاصّة ان تكون متحدة الجنس والصفة . فعند اختلاف الجنس أو الصفة بين الدينين ، لا تسوغ المقاصّة الا بتراضي الفريقين [٢] .

وقد الحق الفقهاء باختلاف الجنس اختلاف القوة في الديون . مثلاً قال ابن البزاز : لو كان لرجل على امرأته دين ، وطلبت الزوجة منه النفقة ، فلا تقع المقاصّة بين النفقة والدين بلا رضى الزوج بخلاف سائر الديون ، « لان دين النفقة اضعف ، فصار كاختلاف الجنس وأشبه ما اذا كان احد الحقين جيداً والآخر زَيْفاً » [٣] .

ثانياً - لا تدخل في المقاصّة الا الديون الحالة . فعليه اذا كان الدينان مؤجلين ، أو كان احدهما حالاً والثاني مؤجلاً ، فلا تصح المقاصّة الا بالتراضي [٤] .

وهذان الشرطان لا بدّ منهما ايضاً في قانون الموجبات اللبناني (المادتين ٣٢٩ و ٣٣٠) . ويجب فوقهما في هذا القانون (المادة ٣٣٠) ، كما في القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٩١) ، ان يكون الدينان محررين ومعيني المقدار . ولكن

---

(١) انظر مثلاً القوانين الفقهية وشرح الخرشي في الموضع المذكور ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٤ ص ٥٤٩) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٥٠ - ٥٤) .

(٢) البحر (ج ٦ ص ١٩٩) ، والبزازية (ج ٢ ص ١٠٧ ، بهامش الهندية) .

(٣) البزازية ، ج ٢ ص ٤٨٦ .

(٤) البحر في الموضع المذكور ، نقلا عن الذخيرة .

القانون المدني الالماني (المادة ٣٨٧) والفقهاء المسلمين لم يشترطوا هذا الشرط . فعند الحنفيين تحصل المقاصّة مثلاً بين الدين السابق والدين الحادث الناشئ عن اتلاف مال من ذات الجنس [1] .

واخيراً ، لا بدّ في الاصل من وجود الدينين موضوع المقاصة بين ذات الدائن والمدين ، كما يفهم من تعريف ابن عرفة الذي قدّمنا . ولكن لهذا الاصل مستثنيات . مثاله في الوكالة ، لو وكل احد آخر بقبض دينه من مدينه ، وكان للمدين بذمة الوكيل دين من مثله ، وقعت المقاصة بين الدينين ، وصار الوكيل مديناً للموكل بما سقط عنه بالمقاصّة [2] .

احوال منع المقاصة

لا ريب في ان المقاصّة لا تقع عند فقدان أحد شروطها التي بيّناها . وهي لا تقع ايضاً في احوال أخرى استثنائية ، هي الآتية :—

اولاً — اذا كان للوديع بذمة المودع دين من جنس الوديعة ، فلا تجرى المقاصة بينهما ، الا بالاجتماع والتراضي على ذلك .

ثانياً — لا تصح المقاصّة ايضاً بين المال المغصوب والدين الذي للغاصب بذمة المغصوب منه ، وان كان المغصوب والدين من جنس واحد ، الا ان يتراضى الفريقان على المقاصّة ويكون المال المغصوب في يد الغاصب [3] .

وفي القانون اللبناني مستثنيات ايضاً ، لا تجوز فيها المقاصّة (المادة ٣٣١) :—

اولاً — عند المطالبة برد شيء نزع بلا حق من يد مالكه ، وهذا شبيه بمسألة الغصب .

ثانياً — عند المطالبة برد وديعة أو عارية استعمال .

ثالثاً — اذا كان هناك دين غير قابل للحجز .

---

(١) البحر في الموضع المذكور ، والانقروية (ج ١ ص ٣١١) ، والمادة ٢٣٠ من مرشد الحيران .

(٢) البزازية ، ج ٢ ص ٤٦٥ و ٤٨١ .

(٣) البزازية (ج ٢ ص ٤٨٦ — ٤٨٧ بهامش الهندية) ، والاشباه لابن نجيم ، (ص ١٠٦) ، والانقروية (ج ١ ص ٣١١) ، والمادتان ٢٢٨ و ٢٢٩ من مرشد الحيران .

رابعاً - اذا عدل المديون مقدّماً عن المقاصّة .

كيف تحصل المقاصة

تقع المقاصّة في القانون المدني الفرنسي (المادة ١٢٩٠) حتماً بمقتضى القانون نفسه ، وبدون طلب من احد الفريقين ، وحتى رغم ارادتهما [١] ، باعتبار ان المقاصّة ضرب من الايفاء الجبري .

ولكن في القانون المدني الالماني [٢] ، وفي قانون الموجبات اللبناني ، « لا تجري المقاصة حتما ، بل بناء على طلب احد الفريقين » (المادة ٣٣٢) .

وكذلك في الشريعة الاسلامية ، تقع المقاصّة بطلب أحد الفريقين . ولكنها تقع جبرية عندئذ ، بمعنى أنه إذا توافرت شروطها جميعاً ، لا يجب فيها رضى الفريق الآخر . وأثرها أنها تسقط الدين الاقل ومقدار ما يقابله من الدين الاكبر .

أما عند فقدان أحد تلك الشروط ، فلا تقع المقاصّة إلا بتراضي الفريقين قبل أن يتفرقا . ولا شك في أن المقاصة تكون حينئذ اختيارية ، وهي بمنزلة الاستبدال أو الايفاء باداء العوض [٣] .

---

(١) هذا التفسير سببه الخطأ في ترجمة الكلمة اللاتينيه « Ipso jure » . راجع كولان وكابيتان ، ج ٢ ص ١١٧ .

(٢) المادة ٣٨٨ منه ، حيث جاء فيها : Durch Erklärung gegenüber den Anderen Teile .

(٣) الفتاوي الهندية (ج ٣ ص ٢٩٥ ــ ٢٩٦) ، والبحر (ج ٦ ص ١٩٩ ــ ٢٠٠) ، ورد المحتار على الدر المختار (ج ٤ ص ٣٣٢) ، والمادتان ٢٢٥ و ٢٢٧ من مرشد الحيران .

الفصل الثالث

الابراء من الدين

تعريفه وأدلته

نصت المجلة على إنه : « إذا قال أحد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع ، أو ليس لي عند فلان حق ، أو فرغت من دعواي التي هي مع فلان ، أو تركتها ، أو ما بقي لي عنده حق ، أو استوفيت حقي من فلان بالتمام ، فيكون قد أبرأه » (المادة ١٥٦١) .

والابراء نوعان :إبراء استيفاء وإبراء اسقاط .فالاول اعتراف أحد بقبض حقه واستيفائه . وهو بالحقيقة اقرار بالايفاء ، ولا علاقة لنا به .

أما ابراء الاسقاط ، فهو « أن يبريء أحد الآخر باسقاط تمام حقه الذي هو عند الآخر ، أو بحط مقدار منه عن ذمته » (المادة ١٥٣٦) . وأنت ترى أن ابراء الاسقاط من أسباب سقوط الديون والموجبات التي نحن بصددها .

وإن إسقاط الحق كله أو بعضه نوع من التبرع والاحسان ، الذي حض الكتاب والسنة على فعله .ففي القرآن الكريم ،« إن الله يأمر بالعدل والاحسان »[1]، « وإن كان ذو عُسرة فنظِرةٌ الى ميسرة وأن تَصدّقوا خير لكم إن كنتم تعلمون »[2].

وروي في الصحيحين وغيرهما عن النبي (ص) أنه كان يسعى مع الدائنين للاسقاط وللوضع من دينهم ، كما فعل مع كعب بن مالك ومع دائني مورث جابر

(١) سورة النحل (١٦) ٩٠ .

(٢) البقرة (٢) ٢٨٠ .

ابن عبد الله [١] .

وهكذا كان الابراء جائزاً في جميع المذاهب . وهو مرادف عند جمهور الفقهاء لهبة الدين للمدين ، إلا عند الحنفيين . وسبب الفرق عند هؤلاء هو أن حق الرجوع جائز مبدئياً في الهبة بعد القبض وغير جائز في الابراء ، على حين أن باقي الائمة لم يجوزوا هذا الرجوع في الحالين [٢] .

أنواع ابراء الاسقاط

ينقسم ابراء الاسقاط الى قسمين : عام وخاص . فالعام يشمل جميع الدعاوى والحقوق التي تكون لأحد بذمة الآخر . والخاص ينحصر في حق أو في دعوى معينة ، ولا يتعدّى مفعوله هذه الدعوى او ذلك الحق [٣] .

وثمة مسألة طريفة وردت في كتب الحنفيين لا بأس بذكر حكمهم فيها . وهي تتعلق بالابراء من بعض الدين بشرط تعجيل الباقي ، كما لو كان لأحد الف درهم بذمة الآخر ، فقال له : « حططت عنك منها خمسمائة على ان تعطيني خمسمائة » . ففي هذه المسألة صور هاك تفصيلها [٤] :—

الاولى : ان يبرىء الدائن مدينه من النصف على ان يدفع له النصف الآخر دون تعيين وقت للدفع . فهنا يقع الابراء في النصف ، سواء أدفع المدين الباقي ام لم يدفع .

الثانية : ان يقول الدائن للمدين « حططت عنك خمسمائة على ان تنقد لي اليوم

---

(١) العيني على البخاري (ج ١٣ ص ١٦٠) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٠) .

(٢) انظر منهاج الطالبين (ص ٦٨) ، والمحلى (ج ٩ رقم ١٦٢٦) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٧٦) ، والروض المربع (ج ٢ ص ١٥٠) ، والاشباه لابن نجيم (ص ١٥١) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٣٨) ، وشرح الخرشي (ج ٥ ص ١٠٣) ، والمغني (ج ٦ ص٢٥٧) ، والمادة ٨٤٧ من المجلة .

(٣) انظر في هذا التقسيم وتعريفه وامثلته : المواد ١٥٣٧ و١٥٣٨ و١٥٦٤ و١٥٦٥ من المجلة .

(٤) انظر فيها الهداية (ج ٣ ص ١٥٩ — ١٦٠) ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ١٤١ بهامش الهندية) .

خمسمائة ، فان لم تنقدها فالالف عليك على حالها » . فان قبل المدين هذا ثم نقد الخمسمائة في اليوم برىء عن الباقي ، وان لم ينقد في اليوم لم يبرأ .

الثالثة : ان يقول الدائن لغريمه « حططت عنك خمسمائة على ان تنقد الباقي اليوم » ، بدون زيادة ، وان يقبل الغريم بذلك . فالحكم ههنا كالحكم في الحالة الثانية عند ابي حنيفة وصاحبه محمد ، أي انه إن دفع المدين في الحال كان بريئاً عن الباقي ، وان لم يدفع لم يبرأ . اما عند ابي يوسف ، فالحكم في هذه الحالة كالحكم في الحالة الاولى ، أي ان الابراء يقع عن الباقي ، سواء أدفع المدين في اليوم ام لم يدفع .

الرابعة : اذا علّق الدائن الابراء بشرط صريح ، كما لو قال لمدينه : « ان اديّت إلي خمسمائة او متى أديتها تبرأ من الباقي » . ففي هذه الصورة ، لا يصح الابراء . وتعليل ذلك ان الابراء لا يجوز تعليقه بالشرط الصريح ، ولكن يجوز تقييده بشرط التقييد ، كما في الاحوال الثلاثة الاولى .

وعلى كل ، فالمسألة تتعلق ببحث الشروط وحرية التعاقد ، وقد أوضحنا حكم ذلك في غير هذا المعرض . ونرى من الافضل ان يرجع الى المبدأ العام ان الامور بمقاصدها ، وان يقدر القاضي في كلّ قضية فرعية نية الطرفين الحقيقية ، التي هي مبنى الشريعة وأساس التصرفات جميعاً . وهذا ما أقرته المادة الرابعة والستون الجديدة من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني .

مسألة القبول في الابراء

من المسائل الخلافية بين الفقهاء مسألة القبول في الابراء . فهل يقع الابراء باسقاط الدائن وحده ، أم لا بدّ من قبول المدين به ؟

في المذهب الحنبلي وفي القول المختار من المذهب الشافعي ، يعدّ الابراء اسقاط حق ، فهو كباقي الاسقاطات يحصل بدون قبول المدين ورغم ردّه له [١] . ولكن في ظاهر المذهب المالكي وعند زفر صاحب ابي حنيفة ، الابراء غير الاسقاط ، فلا

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١٥) ، والروض المربع (ج ٢ س ١٤٩) ، والمغني (ج ٦ ، ص ٢٥٧) .

بدّ فيه من قبول المدين [١] . ومثله في قانون الموجبات اللبناني ، لا يتم الابراء الا بمقتضى اتفاق اصحاب الشأن (المادة ٣٣٨) [٢] .

أما الائمة الحنفية في ظاهر روايتهم ، فقد ذهبوا مذهباً وسطاً واعتبروا الابراء اسقاطاً مبدئياً ، فلا يتوقف على قبول المدين الا في عقـــدي السَلَم والصرف . ولكنهم اعتبروا الى ذلك ان في الابراء معنى التمليك واوجبوا ان يرتـدّ بالردّ ، أي أن لا يتم عند رفضه من جانب المدين [٣] .

وهكذا جاء في المجلة انه : «...اذا ابرأ أحدآخر فلا يشترط قبوله . ولكن اذا رد الابراء في ذلك المجلس ، بقوله لا اقبل ، فيكون ذلك الابراء مردوداً ، يعني لا يبقى له حكم ..» (المادة ١٥٦٨) .

غير ان لقاعدة « الابراء يرتدّ بالرد » مستثنيات عند الحنفيين ، ذكرت المجـــلة منها ثلاثة وذكر الفقهاء غيرها [٤] . وهي الآتية : —

أولاً — لا يسوغ رد الابراء من قبل المدين بعد قبوله به .

ثانياً — في الحوالة اذا أبرأ المحال له المحال عليه ، وردّ هذا ذلك ، فلا يكون الابراء مردوداً .

ثالثاً — في الكفالة ايضاً ، لا يقبل رد الابراء من قبل الكفيل بعد ابرائه من قبل الدائن وتعليله ان الكفالة عقد غير لازم من جانب الدائن ، فيحق لهـذا ان ينفرد بفسخه لانه وضع لمصلحته وحده .

رابعاً — اذا أبرأ الدائن مدينه وسكت هذا ، ثم بعـد انتهاء مجلس الابراء عاد المدين ورد الابراء ، فلا يسمع قوله .

خامساً — اذا حصل الابراء بطلب المدين ، فلا يجوز له رد ذلك الابراء ، لانه قبل به مقدّماً .

---

(١) الفروق (ج ٢ ص ١١٠ — ١١١) ، وشرح الخرشي (ج ٥ ص ١٠٣) .

(٢) انظر بخصوص التنازل عن الحق المنازع عليه او التنازل عن الدعوى بعد اقامتها المواد ٤٦٦ — ٤٧٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(٣) الفتاوى البزازية ، ج ٣ ص ٢١٠ (بهامش الهندية) .

(٤) المادتان ٦٦٠ و١٥٦٨ من المجلة ، والاشباه لابن نجيم (ص ١٠٥) ، والزيلعي على الكنز (ج ٤ ص ١٩٨) ، والفتاوى الهندية (ج ٤ ص ٣٩٠) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٧١٧) .

وبعد ، فلا شك ان في الابراء منّة قد تعظم لذوي المروءات والانفات [١] . وان الابراء كما قال جمهور الفقهاء من نوع هبة الدين . لذا نرى ان قبوله من قبل المدين ضروري كباقي انواع الهبات والاتفاقات . وان هذا القبول كما يكون صراحة يكون بالدلالة ، وان عدم رد الابراء ، على ما اوضحنا سابقاً ، ليس في الحقيقة الا من نوع القبول الضمني .

شروط الابراء

فوق شرط القبول الذي قدّمنا ، يجب لصحة الابراء توافر شروط اخرى . واليك ايجازها ، نقلاً عن المجلة بوجه خاص :—

أولا — لا بد من رضى الدائن في الابراء ، كما في باقي التصرفات القولية . فعليه لا يصح ابراء المكرَه (المادة ١٠٠٦) ، لان الاكراه ينفي الرضى .

وبهذه المناسبة ، تساءل بعض الفقهاء عما اذا كان وجود سند الدين في يد المدين دليلاً على براءته ، واجابوا على ذلك بالنفي [٢] . ولكن قانون الموجبات اللبناني نصّ على « ان التسليم الاختياري للسند الاصلي الذي كان في حوزة الدائن يقدّر معه حصول الابراء الى ان يثبت العكس » (المادة ٣٤٠) . والاصحّ ان يترك ذلك الى تقدير القاضي والى قرائن الاحوال العرفية .

ثانياً — بما ان الابراء من نوع التبرعات ، فان المبرىء ينبغي ان يكون اهلاً للتبرع . فعليه لا يصح ابراء المجنون والمعتوه ولا ابراء الصغير مطلقاً (المادة ١٥٤١) .

و كذلك ليس للمريض مرض الموت حرية الابراء . فاذا كانت ديونه تستغرق امواله ، فلا يصح ابراؤه مطلقاً . واذا لم تستغرق ديونه جميع امواله ، فان ابراءه من دين احد ورثته لا يصح الا باجازة الباقين ، وان ابراءه من دين الاجنبي لا يصح الا من ثلث التركة [٣] .

---

(١) الفروق ، ج ٢ ص ١١١ .

(٢) شرح المواق على سيدي خليل (بهامش الحطاب ج ٥ ص ٥٥) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ١٩٩) .

(٣) انظر المادتين ١٥٧٠ و ١٥٧١ من المجلة ، وما قلناه سابقاً في هذا الجزء ص ١٣٩ .

ثالثاً - « يلزم ان يكون المبرأون معلومين ومعينين . بناء عليه ، لو قال احد ابرأت كافة مديوني أو ليس لي عند احد حق ، لا يصح ابراؤه . وأما لو قال ابرأت اهالي المحلة الفلانية ، وكان اهل تلك المحلة معيّنين وعبارة عن اشخاص معدودين ، فيصح الابراء » (المادة ١٥٦٧).

ولكن هل يجوز الابراء عن الحقوق المجهولة ؟ في المسألة خلاف . قال الشافعي لا يجوز ذلك مطلقاً ، وقال ابو حنيفة يجوز مطلقاً ، وتوسط ابن حنبل وقال تصح البراءة من المجهول عند الضرورة اذا لم يكن من سبيل الى معرفته [١] .

حكم الابراء

من المسائل الخلافية بين الفقهاء مسألة ماهية الابراء . أهو اسقاط ام تمليك ؟ أم هو مزيج من ذلك جميعاً ؟

لا شك في ان الابراء يتضمن معنى التمليك احياناً . فعلى هذا الاعتبار ، رأينا ان الابراء لا يمكن تعليقه بالشرط الصريح ، ورأينا انه في بعض المذاهب يستوجب القبول عند البعض او يرتد بالرد عند البعض الآخر . فلو كان اسقاطاً محضاً ، لوقع دون قبول المدين ، ولما بطل بشرط التعليق .

وعلى الرغم من ذلك ، فان صفة الابراء الاصلية هي الاسقاط . وناحية الاسقاط هذه هي التي تهمنا في بحث سقوط الموجبات . فعليه ، « اذا أبرأ احد آخر من حق سقط ذلك الحق ، ولم يبق له أن يدعي به » (المـــادة ١٥٦٢) ، وذلك وفاقاً للقاعدة الكلية ان « الساقط لا يعود » [٢] .

واذا كان الابراء ضمن عقد آخر ، يشترط ان يكون هذا العقد صحيحاً ليكون للابراء حكم الاسقاط . فان كان الابراء ضمن عقد باطل ، فهو باطل ايضاً ، وَفْقَ قاعدة « اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » [٣] . مثاله « اذا باع أحد مالا وقبض ثمنه وابرأ المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع ، والمشتري كذلك ابرأ البائع

---

(١) تنقيح الحـــامدية (ج ٢ ص ٥٧) ، والمغني (ج ٦ ص ٢٥٧) ، وحاشية البيجوري (ج ٢ ص ٥١) .

(٢) الاشباه لابن نجيم (ص ١٢٧) ، والمادة ٥١ من المجلة .

(٣) الاشباه لابن نجيم (ص ١٥٧) ، والمادة ٥٢ من المجلة .

من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور، وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه، ثم استحق المبيع، فلا يكون للابراء تأثير، ويسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبائع» (المادة ١٥٦٦).

ولا ريب في ان «الابراء لا يشمل ما بعده. يعني اذا ابرأ احد آخر، فانما تسقط حقوقه التي كانت قبل الابراء، وله ان يدعي بحقوقه الحادثة بعد الابراء» (المادة ١٥٦٣).

وعلى كل، فالابراء يفسر بحسب نوعه وظروفه. فابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل، لانه اذا سقط الاصل سقط الفرع، ولكن ابراء الكفيل وحده لا يوجب براءة الاصيل [1].

وكذلك، اذا ابرأ احد آخر من دين، فلا يجوز له ان يطالبه بالدين لنفسه. ولكن يجوز ان يدعي عليه به بالوكالة او بالولاية عن غيره [2].

---

(١) المواد ٥٠ و٦٦٠ — ٦٦٢ من المجلة.

(٢) الفتاوى البزازية، ج ٢ ص ٣٤٣ (بهامش الهندية).

الفصل الرابع

مرور الزمان او التقادم

تمهيد

عرفنا الزمان كيف يكون عاملاً في تغير المظاهر الاجتماعية وفي تطور المدنية، وعرفناه كيف يكون مؤثراً من ثم في تقلب الشرائع وتبدل القوانين.

وان للتقادم أو لمرور الزمان فوق ذلك أثراً هاماً في الحقوق، من ناحية اكتسابها وسقوطها. فهو تارة يكسب الحق من لم يكن له حق في نظر القانون، فيسمى التقادم المكسب للحقوق، وهو تارة أخرى يسقط الحق عمن تركه طويلا، فيسمى التقادم المسقط للحقوق.

وإن احكام مرور الزمان كغيرها من الاحكام تأثرت بتغير الزمان نفسه، فاختلفت باختلاف عصور التاريخ وباختلاف الشرائع. وكان لها في خلال ذلك أسباب خاصة وأخرى عامة لجميعها.

ويستند تأثير مرور الزمان في الحقوق بوجه عام إلى ما للظاهر أحياناً كثيرة من أهمية وعبرة. فاذا كان هذا الظاهر باقياً هادئاً علنياً، مدة طويلة، بدون منازع يدعي عكسه، أو بدون عذر يبرره أو عيب يشوبه، فمن الحكمة والمصلحة، بل من الضرورة أن « يبقى القديم على قدمه »، محافظة على الاستقرار في المعاملات الاقتصادية وعلى الامن في الحياة الاجتماعية.

نعم قد يكون الظاهر مخالفاً للحقيقة، وقد يكون الاعتداد بالتقادم سبباً لخسارة حقوق الناس. ولكن ذلك نادر، و « العبرة للغالب الشائع لا للنادر »، كما قالت المجلة (المادة ٤٢). وهذا النادر قد يكون سببه قبول صاحب الحق

وتنازله ، فلا بأس به في هذه الحال . وقد يكون سببه التقصير والاهمال ، فعندئذ نقول مع المثل اللاتيني : « إن القوانين عون الايقاظ لا النيام »[1] .

أضف إلى كل هـــذا ما للبحث في الحقوق المتروكة القديمة من صعوبة ، بسبب ضياع الادلة وتعذر الحصول عليها ، وبسبب ما قد يجر ذلك من التصنيع والتزوير وعدم الاستقرار في الحقوق المكتسبة والحالات الراهنة .

ومرور الزمان أو التقادم نوعان : مكسب ومسقط . والتقادم المسقط نوعان أيضا : أحدهما مسقط للحق نفسه ، والثاني مسقط للدعوى ومانع من سماعها فقط . ونحن بعد هذه الكلمة التمهيدية العامـة ، نبحث في موقف الشريعة الاسلامية من هذا الموضوع الخطير ، فنأتي بلمحة سريعة في التقادم المكسب للحقوق العينية وفي التقادم المسقط للعقوبات ، ثم نبين بايجاز التقادم المسقط للموجبات واختـــلاف المذاهب فيه بوجه عام واحكام المجلة بوجه خاص ، على ضوء قانون الموجبات اللبناني وغيره من القوانين المدنية .

ولا شك في أن البحث في التقادم المكسب للحقوق العينية والتقـادم المسقط للعقوبات خارج عن موضوعنا الذي نحن بصدده . ولكننا لم نرَ بداً من كلمة سريعة فيه ، لارتباطه بموضوعنا الاساسي من حيث المبدأ الذي يجمع مسألة مرور الزمن في الشريعة الاسلامية .

التقادم المكسب للحقوق العينية

في القانون الروماني والقوانين التي اخذت عنه ، كالقانون المدني الفرنسي وغيره ، يكون للتصرف مدة من الزمان بشروط معينة مفعول اكتساب الملك وغـيره من الحقوق العينية . فلذا يسمى بالتقادم المكسب[2] .

وبهذا اخذ قانون الملكية السوري اللبناني ، فنص عـــلى « ان الحق باجراء تسجيل في السجل العقاري يكتسب فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المسجلة في السجل العقاري بان يستولي الشخص على العقار أو على الحق العقاري استيلاء هادئاً

---

(١) Vigilantibus , et non dormientibus , jura subveniunt

(٢) Usucapio , prescription acquisitive

علنياً مستمراً كأنه صاحب العقار مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص ثالث لحسابه ، بشرط ان يكون لدى واضع اليد سند صحيح . واذا لم يكن لديه سند صحيح ، فتكون المدة خمس عشرة سنة » (المادة ٢٥٧) . ولكن لا تأثير لمرور الزمان على الحقوق المسجلة في السجل العقاري [1] .

ولا شك في ان هذا النوع من التقادم لم يعرف في الشريعة الاسلامية . وكل ما عرف فيها هو التقادم المانع من سماع الدعوى ، في المذهبين الحنفي والمالكي .

ففي المجلة وفي الاستحسان عند الحنفيين ، يعدّ مرور الزمان مانعا من سماع الدعوى ، ولا فرق في ذلك بين دعاوى الملك ودعاوى الدين ، اي لا فرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية . وان المدة المانعة من سماع دعوى الملك هي خمس عشرة سنة ، كما سنرى .

ولكن لهذا الاصل مستثنيات ذكرتها المجلة ، وهي : —

أولا — « لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم ، كالطريق العام والنهر والمرعى . مثلا لو ضبط احد المرعى المخصوص بقرية وتصرّف فيه خمسين سنة بلا نزاع ، ثم ادّعاه أهل القرية ، تسمع دعواهم » (المادة ١٦٧٥) .

ثانياً — ان الدعاوى المتعلقة في أصل الوقف ودعاوى الحقوق العينية في عقار الوقف ، كدعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب ، لا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة . مثلا اذا تصرف احد في عقار ستاً وثلاثين سنة ، ثم ادعى متولي احد الاوقاف ان هذا العقار من مستغلات الوقف ، فلا تسمع دعواه لمرور الزمان (المادتان ١٦٦١ و ١٦٦٢) .

ثالثاً — ان دعوى الاراضي الاميرية ودعوى حقوق الطريق الخاص والمسيل والشرب فيها لا تسمع بعد تركها مدة عشر سنين (المادة ١٦٦٢) .

هذا عند الحنفيين . أما في المذهب المالكي ، فالاصل ان حيازة الشيء مدة معينة والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه بدون منازع وبحضور صاحب الحق وعلمه وسكوته بلا عذر او مانع شرعي دليل على الملك . وان مدة مرور الزمن هي عشر سنين للعقار في القول المختار ، وسنة او سنتان او ثلاث للثياب والعروض

---

(١) المادة ١٩ من القرار ذي العدد ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ ، والمادة ٢٥٥ من قانون الملكية المذكور .

والدواب . وتكون هذه المدة عشرة أشهر فقط اذا كان المتصرف يجهل اصل الملك ، سواء اكان هذا الملك عقاراً ام منقولا . و كذلك يعتبر التقادم مانعاً من سماع الدعوى في السكوت عن احداث الضرر في الملك ، كفتح الكوة وما أشبه .

وحجة المالكيين في ذلك الحديث الشريف : « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له » . واثر الحيازة عندهم انها لا تنقل الملك وحدها ، ومن ثم لا يعتبر التقادم مكسباً للملك [1] ، لأنه ، كما جاء في الحديث الشريف ايضاً ، « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . ولكن الحيازة دليل على انتقال الملك ، فتكون مانعة من سماع دعوى المدعي ومن سماع بينته ايضاً [2] .

وعلى الجملة ، فالشريعة الاسلامية لا تتعرف مبدئياً الى التقادم المكسب الملك ، لما في ذلك من ابطال حقوق المالك الحقيقي ، ولكنها تعتبر التقادم مانعاً من سماع دعوى المالك اذا تركها مدة معينة بشروط معينة . وان الفارق بين التقادم المكسب والتقادم المانع من سماع الدعوى ليس بكبير ، ولكنه موجود على كل حال ، لا سيما عند اقرار المدعى عليه كما سنوضح قريباً .

التقادم المسقط للعقوبات

نحن نعلم مما قدمنا في بحث الجرائم ان في بعضها حق الله تعالى ، او ما نسميه في اصطلاحنا اليوم الحق العام ، وان العقوبات المقدرة شرعاً لمثل هذه الجرائم تسمى الحدود . ونحن الآن نتساءل عن تأثير التقادم او مرور الزمان في هذه الحدود .

اختلف الفقهاء في ذلك ، وذهبوا مذاهب ثلاثة . فالمذهب الاول هو لجمهور الفقهاء ، الائمة مالك والشافعي وابن حنبل والاوزاعي والثوري واسحاق وداود الظاهري واتباعهم وغيرهم ايضاً . فهؤلاء جميعاً قالوا بان الحدود كسائر الحقوق لا تسقط بطول الزمان ابداً .

---

(١) نحن اذاً نخالف في هذه المسألة رأي الرئيس شكري القرداحي ، في رسالته عن قانون الموجبات اللبناني المذكورة ، ص ٧٦ .

(٢) شرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٢٢١ _ ٢٢٨) ، وشرح الخرشي (ج ٥ ص ٢٤٢ _ ٢٤٤) ، والبهجة للتسولي شرح تحفة الحكام لابن عاصم (ج ٢ ص ٢٥٢ _ ٢٥٣ وص ٣٤٢) .

والمذهب الثاني هو لابن ابي ليلى ، وهو يقول بان التقادم مسقط للحدود اسقاطاً تاماً . فلذا لا يقبل في الحدود القديمة عنده لا الشهادة ولا الاقرار .

واخيراً ذهب الحنفيون مذهباً ثالثاً ، وقالوا بان الحدود تبطل بالتقادم مبدئياً ، ما خلا بعض المستثنيات . ففي الاصل عندهم لا تسمع الشهادة في الحدود القديمة . وتعليل ذلك ان الحدود الخالصة حق الله تعالى ، وان الشاهد فيها ، كما أوضحنا في محله ، هو مخيّر بين الستر واداء الشهادة . فالاقدام على الاداء بعد التأخير يحمل على تهيّج ضغينة او تحرك عداوة ، فيجعل الشاهد متهماً في شهادته .

ويترتب على هذه العلة وجود مستثنيات لهذا المبدأ عند الحنفيين ، وهي : —

أولا — حد القذف . ان هذا الحد يجمع الى جانب حق الله حق العبد ايضاً ، فلا تقام الدعوى بشأنه الا بطلب المقذوف ، لاجل دفع العار عنه . فاذن لا تهمة في تأخير الشهادة ، لانها كانت موقوفة على دعوى المقذوف . ولذا تبقى الشهادة فيها مسموعة رغم التقادم .

ثانياً — ان دعوى المال في السرقة ، ولو كانت قديمة ، تسمع فيها البينة لانها من حق العباد .

ثالثاً — أن الاقرار يسمع في الحدود القديمة ، لعدم التهمة فيه . وقد استثني من ذلك حد الشرب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لا عند محمد بن الحسن .

اما تعريف التقادم ، فقد اختلف الحنفيون فيه ايضاً . فروي عن أبي حنيفة انه فوّضه الى رأي القاضي في كل عصر ، وأشار الطحاوي الى ستة أشهر . أما في الرأي المختار المروي عن الصاحبين ، فقد قدّر التقادم بشهر واحد ، الا اذا كان بين القاضي وبين الشهود مسيرة شهر او كان التأخير لعذر ظاهر . وهذا يجري في حد الشرب ايضاً عند محمد بن الحسن . ولكن عند ابي حنيفة وأبي يوسف ، يقدّر التقادم في حد الشرب بزوال رائحة السكر [١] .

وعلى سبيل المقارنة ، نلاحظ بان للتقادم احكاماً خاصة في القانون العثماني . ففيه تسقط الدعوى الناشئة عن الجرائم الجزائية بمضي عشر سنوات في الجناية ،

---

(١) الجامع الصغير (بهامش كتاب الخراج ، ص٦٥) ، والمبسوط (ج٩ ص ٦٩ــ٧٠) ، والهداية (ج ٢ ص ٨٩ ــ ٩٠) ، وفتح القدير (ج ٤ ص ١٦٢ ــ ١٦٤) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٦٢) ، والمغني (ج ١٠ ص ١٨٧) ، والمحلى (ج ١١ رقم ٢١٧٥).

وثلاث في الجنحة ، وسنة واحدة في القباحة [1] .

مرور الزمان في دين النفقة

سنرى قريباً ان مرور الزمان لا يسقط الحق في الشريعة الاسلامية ، بل انما يمنع من سماع الدعوى في بعض المذاهب منها . فهل إن هـــذا المبدأ يشمل دين النفقة ؟ وهل يسقط هذا الدين بالتقادم ؟

لا شك في أن دين النفقـــة لا ينتج عن عقد ولا عن جرم ، بل هو واجب مصدره الشرع وحده . فعليه اعتبر هذا الدين عند بعضهم ، لا سيما عند الحنفيين ، « ديناً ضعيفاً » لا كسائر الديون . وقد رأينا اثر ذلك في مسألة المقاصّة .

و كذلك هہنا ، فان النفقة في المـــذهب الحنفي لا تجب الا بالتراضي أو بقضاء القاضي . وتسقط نفقة الزوجة بمضي شهر دون مطالبة ، ولا يسقط ما دون الشهر . واذا قضى القاضي بها فلا تسقط بمضي المدة ، خلافاً للنفقة المقضي بها لغير الزوجة ، فانها تسقط ايضاً بمضي الشهر ، لانها نفقة كفـاية تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى الا ان يأذن القاضي بالاستدانة فيها [2] .

وفي المذهب المالكي يُسقط مضي الزمان نفقة الأقارب جميعاً ، ما عدا الزوجة ، حتى يقضي القاضي بهذه النفقة ، فحينئذ لا تسقط . و كذلك لا تسقط نفقة الزوجة ، ولو لم يقض بها القاضي [3] . أما في المذهبين الشافعي والحنبلي ، فلا تأثير للتقادم على دين النفقة ، فهو كباقي الديون يثبت في الذمة ولا يسقط بمرور الزمان أبداً ، سواء في ذلك ما وجب قبل قضاء القاضي أم بعده [4] .

وفي مسألة نفقة الزوجة ، نص قانون العائلة العثماني ان النفقة تستحق بالتراضي أو بحكم الحاكم من يوم طلبها وتسقط نفقة المدة التي تمر قبل تقديرها (المواد ٩٢ —

---

(١) المواد ٤٨١ و ٤٨٢ و ٤٨٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العثماني .

(٢) الهداية (ج ٢ ص ٣٥ و ٤١) ، وفتح القدير وبهـــامشه العناية (ج ٣ ص ٣٣٢ و ٣٥٤) ، والدر المختار (ج ١ ص ٤٥١) .

(٣) القوانين الفقهية (ص ٢٢٣) ، وشرح الخرشي (ج ٣ ص ٣٣٥ و ٣٤٤) .

(٤) الوجيز (ج ٢ ص ١١٤) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٣٠٨) ، والميزان للشعراني (ج ٢ ص ١٤٤) .

٩٦) . اما في القانون المصري [١] ، فان نفقة الزوجة تجب بلا توقف على قضاء أو رضاء ، ولا يسقط دينها الا بالاداء أو الابراء .

مرور الزمان في الديون والموجبات العادية

ان الشريعة الاسلامية أقرّت القاعدة الكلية ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان [٢] . ويؤيد هذه القاعدة الحديث الشريف الذي مرّ معنا ، وهو « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . وكذلك كان الامر أيضاً في بعض الشرائع القديمة ، كالقانون الكنسي في القرون الوسطى [٣] .

وقد أخذت المذاهب الاسلامية جميعاً بهذه القاعدة . غير ان بعضها ، كالمذهبين المالكي والحنفي ، وان أقرّا ايضاً عدم سقوط الحق بالتقادم ، الا انهما منعا المطالبة بالدين بعد مضي مدة معلومة ، اي انهما اعتبرا مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى فقط .

ففي المذهب المالكي اذا سكت صاحب الدين بدون عذر مانع مدة من الزمن ، قدّرها بعضهم بعشرين والبعض الآخر بثلاثين سنة ، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا انه دفع الدين ، فانه يصدق بقوله بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعي .

وتعليل ذلك ان اثبات الدفع بعد هذه المدة متعذر لامكان موت الشهود أو نسيانهم . هذا إلى أن سكوت الدائن عن المطالبة بدون عذر « يعد كالاقرار المنطوق به من الطالب (الدائن) للمطلوب (المدين) بانه لا حق له عليه » ، ولان هذا السكوت يحمل على حصول الدفع « لان الغالب من الحال انه قضاه . وقد قضى بتغليب الاحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك » [٤] .

اما في المذهب الحنفي ، فعدم سماع الدعوى للتقادم مبني على استحسان أئمة المذهب المتأخرين . فروى ابن نجيم عن ابن الغرس عن المبسوط ان رجلا ترك دعواه

---

(١) الصادر في سنة ١٩٢٠ عدد ٢٥ ، في المادة الاولى منه .

(٢) الاشباه لابن نجيم (ص ٨٨) ، والمادة ١٦٧٤ من المجلة .

(٣) انظر كتاب القانون القديم لماين (Maine's Ancient Law) ، ص ١٦٨ .

(٤) شرح الحطاب ، ج ٦ ص ٢٢٨ _ ٢٣٠ .

ثلاثاً وثلاثين سنة ولم يكن له عذر ثم ادعى بها لم تسمع دعواه ، « لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً » [١] .

فاذن في بادىء الامر كان حكم مرور الزمن عند الحنفيين مصدره اجتهاد الفقهاء واستحسانهم . وهؤلاء قدروا مدته بين الثلاثين سنة والست والثلاثين . ولكن هذه المدة وجدها سلاطين آل عثمان طويلة . فامروا بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة الا في بعض المستثنيات ، وبهذا اخذت مجلة الاحكام العدلية . وسبب هذا النهي السلطاني قطع الحيل والتزوير [٢] .

وان الحنفيين استندوا في تعليل هذا الاستحسان والمنع السلطاني الى واجب طاعة السلطان ، لانه من اولي الامر ، وهؤلاء تجب طاعتهم وفاقاً للآية الكريمة : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم » [٣] . واستندوا الى ان ولاية القضاء مستمدة من السلطان ، وانها تحتمل التخصيص [٤] ، وَوَثّقَ القاعدة الكلية ان « القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات » [٥] .

وان هذه القاعدة وردت في المجلة مع ايضاحها هكذا : « القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات . مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنه فقط ، وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة او بعد مرورها . وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع أطراف ذلك القضاء ، وليس له ان يحكم في قضاء آخر . والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط ، وليس له ان يحكم في محل آخر . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ، ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها . او كان الحاكم بمحكمة ماذوناً

---

(١) البحر ، ج ٧ ص ٢٢٨ .

(٢) البحر في الموضع المذكور ، وغمز عيون البصائر للحموي (ج ١ ص ٣٥٣) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٣ وما بعدها) ، ورد المحتار على الدر المختار (ج ٤ ص ٤٧٥ ـ ٤٧٧) ، وقرة عيون الاخيار تكملة رد المحتار (ج ١ ص ٤٥٤) .

(٣) النساء (٤) ٥٩ .

(٤) الاحكام السلطانية للماوردي ، ص ٣ و ٦٩ .

(٥) كذا نقل عن الخلاصة في الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٩٠ و ٩٣ . انظر ايضاً الدر المختار (ج ٢ ص ٣٢٧) ، وتنقيح الحامدية (ج ١ ص ٣٤٩) ، والفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٦) .

باستماع بعض الخصوصات المعينة فله ان يسمع الخصوصات التي أذن بها وان يحكم فيها فقط ، وليس له استماع ما عداها والحكم بها . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس الحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد ، واذا عمل فلا ينفذ حكمه » (المادة ١٨٠١) .

وعلى الجملة ، فان المذهبين الحنفي والمالكي أقرّا مبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في الديون والموجبات كما في الملك والحقوق العينية . وقد بنيا ذلك على الاستحسان وعلى الضرورات العملية ، وعللاه بعدم الحق ظاهراً بعد مضي الزمان ، وبقرينة الايفاء المستنتجة من السكوت ، وبقطع الحيل والتزوير ، وبضياع الادلة كنسيان الشهود او موتهم او غيابهم او ما الى ذلك .

وبعد هذه الكلمة التمهيدية ، نبحث الآن في مدة مرور الزمان ، وطريقة حسابها ، والاعذار المانعة من مرور الزمان ، وأسباب انقطاعه وفي أثره ومفاعيله . وبوجه خاص نستشهد بما ورد في مجلة الاحكام العدلية .

مدة مرور الزمان

ان مدة التقادم المسقط للحقوق او المانع من سماع الدعوى لم تكن واحدة في جميع الشرائع ، بل كانت ولا تزال من المسائل الفرعية التي اختلفت ولا تزال مختلفة في القوانين. غير ان أمراً مهماً بقي ظاهراً ملموساً اثناء هذا الاختلاف . وهو تطور القوانين واتجاهها نحو تقصير مدة التقادم .

فقديماً عند الرومان كانت الدعاوى غير مقيدة بمدة على الاطلاق ، ولم يكن لمرور الزمان اثر فيها . ثم أصبحت مدة مرور الزمان ثلاثين سنة مبدئياً في قوانين يوستنيانوس[1] ونابوليون (المادة ٢٢٦٢) ، وفي القانون المدني الالماني (المادة ١٩٥)، ما خلا مستثنيات عديدة[2] . مثاله حدّد القانون المدني الفرنسي (المادة ١٣٠٤) مدة التقادم في دعاوى بطلان العقود بعشر سنين .

---

(١) جيرار ، ص ٧٧٠ .

(٢) انظر المواد ٢٢٧١ ـ ٢٢٧٧ من القانون المدني الفرنسي ، والمادتين ١٩٦ و١٩٧ من القانون المدني الالماني .

وكذلك في الشريعة الانكليزية مدة مرور الزمان عشرون سنة في الدعاوى الناشئة عن عقود الصك المختوم ، وست سنوات في الدعاوى العادية الناشئة عن العقود او عن الجرائم المدنية ما عدا بعض المستثنيات [١] .

واخيراً جعل قانون الموجبات والعقود اللبناني مدة مرور الزمان المسقط للموجبات عشر سنوات مبدئياً في الدعاوى العادية وفي دعاوى بطلان العقود ، واوجد لهذا الاصل مستثنيات عديدة تكون فيها المدة خمس سنوات او سنتين او أقل [٢] . وفي قوانين التجارة ايضاً احكام تتعلق بمرور الزمان وتنص على مدات قصيرة فيه [٣] .

وكذلك في الشريعة الاسلامية نجد نفس التطور والاتجاه . فبعد ان كان التقادم لا اثر له في بادىء الامر ، اصبح بعدئذ مانعاً من سماع الدعوى في المذهبين المالكي والحنفي على ما اوضحنا .

وقد حددت مدة التقادم المانع من سماع الدعوى في الديون العادية عند الامام مالك بثلاثين سنة ، وعند مطرف بعشرين ، وعند المتأخرين من الائمة الحنفيين بثلاثين او ثلاث وثلاثين او ست وثلاثين سنة [٤] .

ثم وجد الخلفاء العثمانيون هذه المدة طويلة من الناحية العملية ، بالنظر الى نمو الحركة الاقتصادية وما تستتبعه من كثرة في المعاملات وتشعب في العلاقات . فصدر الامر السلطاني بقصر مدة مرور الزمان على خمس عشرة سنة ، قطعاً للحيل والتزوير .

وبهذا اخذت مجلة الاحكام العدلية . فهي لم تفرق في مرور الزمان بين دعاوى الملك ودعاوى الدين او الالتزام . فقد ورد فيها انه : « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوى الى العامة ولا الى اصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة » (المادة ١٦٦٠) .

---

(١) مثاله المدة هي اربع سنوات في الاعتداء على النفس وسنتان في الاهانة بالكلام . انظر آنسون (ص ٣٩٩ ــ ٤٠٠) ، وبولوك (ص ٢١٢ ــ ٢١٣) .

(٢) انظر المواد ٣٤٩ و ٢٣٥ و ٣٥٠ ــ ٣٥٢ منه .

(٣) راجع مثلا المادة ١٤٦ من قانون التجارة العثماني ، والمواد ٧٦ و ١٠٨ و ١٧١ و ٢٦٢ و ٣٠٥ و ٣٩٨ و ٤٤٢ و ٥١١ من قانون التجارة اللبناني .

(٤) شرح الحطاب (ج ٦ ص ٢٢٩) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٣ ــ ٤) .

ولقد رأينا بعض المستثنيات المتعلقة بدعاوى المحال العامة والوقف والاراضي الاميرية ، فلن نعود اليها . والمهم ههنا أن نعلم ان الديون العادية وباقي انواع الموجبات لا تسمع الدعوى بها بعد مرور خمس عشرة سنة على تركها بدون عذر . وكذلك هي لا تسمع من ورثة صاحبها بعد مماته (المادة ١٦٦٩) .

ولا بدّ من الاشارة الى أن فتاوى الفقهاء قد اختلفت في مسألة دعوى الارث . فقال بعضهم ، كالعلامة الخير الرملي وشيخ الاسلام علي افندي الجمالي والمفتي عبدالله افندي ، بان هذه الدعوى غير مستثناة من النهي السلطاني ، وانها لا تسمع بعد تركها بلا عذر مدة خمس عشرة سنة . وقال آخرون ، كبعض القضاة الاسلاف بمصر وشيخ الاسلام يحيى افندي المنقاري والعلائي صاحب الدر المختار وغيرهم ، ان دعاوى الارث مستثناة . وروي عن آخرين ايضاً ، كالعلامة ابي السعود ومفتي دمشق احمد افندي المهمنداري ، فتاوى متناقضة . وتعليل هذا الاضطراب ان النهي السلطاني كان يأتي تارة باستثناء دعوى الارث وتارة بعدم استثنائها [1] .

أما مجلة الاحكام العدلية ، فانها عدّت دعاوى الارث من الدعاوى التي لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة . ولكن مصنّف مرشد الحيران [2] اخذ بقول من افتى باستثنائها . وهو بذلك قريب من القانون الفرنسي [3] ومن قانون الموجبات اللبناني (المادة ٨٤٣) ، حيث جاء فيها ان حكم مرور الزمان لا يطبق على طلب القسمة .

حساب مدة مرور الزمان

إن العرف في البلاد الاسلامية استمر على استعمال التاريخ الهجري المبني على التقويم القمري . ومعلوم ان السنة بحساب هذا التقويم أقصر من السنة الشمسية

---

(١) انظر الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٧٠) ، وغمز عيون البصائر (ج ١ ص ٣٥٣) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٢٧) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٦ — ٧) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٤٧٥ — ٤٧٦) ، والفتاوى المهدية (ج ٢ ص ٦٢٣) ، وفتاوى علي افندى (طبع الحاج محرم البوسنوي ، ١٣٠٥ هـ ، ج ٢ ص ١١٢) .

(٢) المرحوم قدري باشا ، في المادتين ١٥١ — ١٥٢ .

(٣) جوسران ، ج ٢ رقم ٩٧٤ .

المعروفة في التقويم الغربي الميلادي بمدة تتراوح بين العشرة ايام والاثني عشر يوما .

وان المجلة لم توضح أي التقويمين يجب اتباعه في حساب مرور الزمان . لذا سئلت لجنة المجلة عن ذلك فاجابت بانه ينبغي حساب مرور الزمان على التقويم الهجري ، لانه موافق للعرف الشرعي المعتبر في الكتب الفقهية . وقد أصدرت نظارة العدلية العثمانية منشوراً عاماً للعمل بمقتضى رأي اللجنة [١] . وبهذا أيضاً أفتت المشيخة الاسلامية [٢] ، وعليه تمشى اجتهاد محكمة التمييز العثمانية [٣] .

وقد جاء في جواب لجنة المجلة المنوه به أنه « في المعاملات المقيدة بزمان كتأجيل الدين والاجارة ، فالعبرة للتاريخ المتفق عليه بين المتعاقدين » . فاستدل بعضهم من ذلك ان مدة مرور الزمان تحسب على التاريخ الميلادي في السندات المحررة بهذا التاريخ . ولكن محكمة التمييز العثمانية قضت على هذا التفسير واوضحت بان مدة مرور الزمان تحسب على التقويم القمري في هذه الحال أيضاً [٤] .

أما الاجتهاد اللبناني ، فانه لم يكن واحداً مستقراً في هذه المسألة ، بل كان متردداً ومنقسماً بين مذهبين . فالاول ، وهو القديم ، ذهبت اليه محكمة التمييز اللبنانية [٥] ، وذهبت اليه بعد الغاء محكمة التمييز محكمة الاستئناف [٦] . وهو يقول بان مدة مرور الزمان يجب ان تحسب على الحساب الغربي اذا كان عقد المداينة

---

(١) المنشور مؤرخ في ١٥ ذي الحجة سنة ١٢٩٧ هـ ، الموافق ١٥ تشرين الاول سنة ١٢٩٦ مالية او ١٨٨٠ ميلادية . انظر ترجمته في شرح المجلة لباز ، تحت المادة ١٦٦٠ منها .

(٢) انظر فتوى شيخ الاسلام موسى كاظم افندي المدرجة في الجريدة العلمية ، السنة الثالثة ، العدد ٣٢ الصادر في شوال سنة ٣٣٥ هـ ، ص ٩٠٠ . ونصها : « مرور زمانده سنة شمسيه ايله سنهء قريه دن هانكيسي معتبر اولور » ، الجواب « سنة ء قرية معتبر او لور » .

(٣) راجع القرار المؤرخ في اول اغستوس سنة ١٣٢٧ رقم ١٣٠ ، المنشور في مجموعة المقررات التمييزية الحقوقية (جزء ٦ جلد ١) ، حيث جاء ما تعريبه : « بما ان مسألة مرور الزمان مأخوذة من المسائل الفقهية ، وانه عند الفقهاء اذا اطلق ذكر السنة انصرف الى السنة القمرية ، لذلك يجب حساب مبدأ مرور الزمان ونهايته على السنة القمرية » .

(٤) راجع قرارها المؤرخ في ٦ شوال سنة ١٣٠٥ هـ ، او ١٨٨٨ ميلادية ، المنشور في شرح باز لقانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني تحت المادة ١٧٩ .

(٥) القراران عدد ٦٥٧ الصادر في ٢٦ تشرين الاول سنة ١٩٢٦ ، وعدد ٣٦٩ الصادر في ٧ تموز سنة ١٩٢٨ .

(٦) الغرفة المدنية الاولى ، في قرارها عدد ٢١٦ الصادر في ٧ ايار سنة ١٩٤١ .

مؤرخاً بهذا التاريخ .

اما المذهب الثاني ، فهو الذي قالت به مؤخراً محكمة الاستئناف العادية [١] ، ثم تبنته محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد [٢] ، إذ قررت ان مدة مرور الزمن في القضايا التي لا تزال خاضعة لاحكام المجلة يجب أن تحسب على التقويم الهجري ، مهما كان التقويم المتبع من قبل الفريقين في العقد موضوع النزاع .

وعند انتقال الحق من شخص الى آخر بالارث او البيع او الهبة يجري جمع مدة مرور الزمان ، فيدخل فيها ما كان سابقاً للانتقال وما كان لاحقاً له . مثاله « اذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث ايضاً مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان ، فلا تسمع [٣] .

وبعبارة المجلة : « يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء للمدعي بالمدعى به . فمرور الزمان في دعوى دين مؤجل انما يعتبر من حلول الاجل ، لانه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الاجل . مثلا لو ادعى أحد على آخر بقوله لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتك اياه قبل خمس عشرة سنة مؤجلا بثلاث سنين تسمع دعواه لانه يكون قد مرّت اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الاجل . كذلك لا يعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن الا من تاريخ انقراض البطن الاول ، لانه ليس للبطن الثاني صلاحية الدعوى ما دام البطن الاول موجوداً . وكذلك يعتبر مبدأ مرور الزمان في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق او تاريخ موت أحد الزوجين ، لان المهر المؤجل لا يكون معجلاً الا بالطلاق او الوفاة » (المادة ١٦٦٧) .

ومثله في قانون الموجبات اللبناني ، لا يبتدىء حكم مرور الزمان الا يوم يصبح الدين مستحق الاداء . ففي دعوى ابطال العقد بسبب عيب في الرضى ، لا تبتدىء المهلة من تاريخ العقد الفاسد ، بل من تاريخ زوال العيب او العلم به (المادتان ٣٤٨ و٢٣٥) .

---

(١) في قرارها ذي العدد ٢٨ المؤرخ في ٢ شباط سنة ١٩٤٣ .

(٢) في القرار ذي العدد ٥ الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٤٥ .

(٣) المادة ١٦٧٠ من المجلة . انظر ايضاً المادة ١٦٧١ منها ، وتنقيح الحامدية (ج٢ ص٤) ، وقرة عيون الاخيار (ج ١ ص ٤٥٤) .

الاعذار الموقفة لمرور الزمان

لا أثر للتقادم على سماع الدعوى الا اذا كان بلا عذر . اما اذا وجد أحد الاعذار الشرعية ، فانه يوقف حكم التقادم . وأهم هذه الاعذار هي : كون المدعي فاقد الاهلية ، وكون المدعى عليه من المتغلبة او بحالة الافلاس ، وكون أحدهما غائباً . واليك ايضاحها جميعاً ، كما وردت في المجلة وكتب الحنفيين : —

أولا — فقدان الاهلية .

لا يعتبر مرور الزمان اذا كان المدعي صغيراً او مجنونا او معتوهاً ، ولا يبتديء الا من تاريخ تمام اهليته . مثلا لا يعتبر الزمان الذي مرّ حال صغر المدعي ، وانما يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ (المادة ١٦٦٣) .

وقد عدّت المجلة فقدان الاهلية من الاعذار التي توقف حكم مرور الزمان ، سواء في ذلك اكان لفاقد الاهلية ولي أم لم يكن . وهي بذلك اخذت بفتوى بعض المتأخرين الذين لم يفرقوا في الامر ، كالخير الرملي وشيخ الاسلام علي افندي الجمالي وغيرهما نقلا عن الحاوي للزاهدي [١] ، وخالفت الرأي السائد عند الحنفيين الذين اعتبروا العذر عند عدم وجود الولي فقط [٢] . وهذا الرأي السائد موافق لما جاء في قانون الموجبات اللبناني (المادة ٣٥٥) .

ثانياً — الغيبة .

ان الغيبة التي تعد عذراً شرعياً في مسألة التقادم هي الغياب في ديار بعيدة « مدة سفر » . ومدة السفر ، كما عرفتها المجلة ، « هي ثلاثة ايام ، اي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل » (المادة ١٦٦٤) ، على حساب المعدل اليومي للسير ست ساعات .

وقد ذكرت المجلة غيبة المدعي صاحب الحق فقط (المادة ١٦٦٣) ، ولكن الفتوى المعتمدة تعتبر غيبة المدعى عليه ايضا من الاعذار المانعة لحكم مرور الزمان [٣] .

---

(١) الفتاوى الخيرية (ج ٢ ص ٧٠) ، وفتاوى علي افندي (ج ٢ ص ١١١) ، وشرح الاتاسي على المادة ١٦٦٣ من المجلة في الجزء الخامس ص ١٧٧ .

(٢) غمز عيون البصائر للحموي (ج ١ ص ٣٦٩) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٣) ، وقرة عيون الاخيار (ج ١ ص ٤٥٣) .

(٣) الفتاوى الخيرية ، ج ٢ ص ٧٠ .

واذا كان صاحب الحق وخصمه ساكني بلدتين بينهما مسافة سفر بالمعنى الذي اوضحنا ، ولكنهما يجتمعان في بلدة واحدة كل بضع سنوات مرة دون ان يدعي الاول على الآخر ، فلا عبرة بعذر المسافة حينئذ (المادة ١٦٦٥) .

وشبيه بذلك ما جاء في القانون الانكليزي من ان غيبة المدعى عليه وراء البحار [١] تعدّ من اسباب ايقاف حكم التقادم [٢] ، وكذلك كانت غيبة المدعي قبل عام ١٨٥٦ [٣] .

ثالثاً - التغلب .

كلما كان خصم المدّعي من المتغلبة ، كالامير الجائر وغيره من ذوي النفوذ ، وكان المدعي يخشى بطشه وامتداد تغلبه اذا ما ادعى عليه ، فعندئذ لا تأثير للتقادم على سماع الدعوى ، لان الباعث على التأخر عذر شرعي . ولا عبرة بمرور الزمان الا من وقت زوال التغلب (المادة ١٦٦٣) .

رابعاً - افلاس المدعى عليه .

في المجلة : «لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس . مثلاً لو ادعى احد ممن تمادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك ، بانه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجهة الفلانية كذا دراهم طلب ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ الى الآن لم يمكني الادعاء ولاقتدارك الآن على اداء الدين ادعي عليك به ، تسمع دعواه » (المادة ١٦٦٨) .

وبعد ، فهذه الاعذار التي سردتها المجلة وغيرها من الكتب الفقهية [٤] ليست حصرية . فحرف الكاف الذي ورد في المجلة [٥] ، في معرض بيان الاعذار الشرعية ، يدل على ان ما ذكر منها كان على سبيل المثل والتشبيه .

فاذن ليس ما يمنع من الاعتداد بغير ما قدمنا من الاعذار الشرعية اذا كانت حرية بالقبول . مثاله افتى المتأخرون بانه اذا منع الزوج زوجته صاحبة الحق من

---

(١) Absence beyond the Seas .

(٢) انظر الحكم الصادر عام ١٨٩٤ في قضية :
Musurus Bey v. Gadban 1894, 2 Q. B. 352

(٣) The Mercantile Law Amendment Act, 1856 .

(٤) انظر في المذهب المالكي شرح الحطاب على سيدي خليل ، ج ٦ ص ٢٢٩ .

(٥) في عبارة كون المدعي صغيراً الخ الواردة في المادة ١٦٦٣ .

اقامة الدعوى منعاً باتاً ، فيعدّ ذلك عذراً شرعياً لترك الدعوى ، ومن ثم لا تدخل مدة المنع في حساب المدة اللازمة لمرور الزمان [١] .

واخيراً نصّ قانون الموجبات اللبناني على ان حكم مرور الزمان لا يسري بين الزوجين في مدة الزواج ، ولا بين الاب او الام وأولادهما ، ولا بين السيد والخادم في مدة عقد الاستخدام ، ولا بين فاقد الاهلية ووصيه أو ما أشبه (المادة ٣٥٤) . وهذه الاعـذار تبررها الاستحالة الادبية التي تنتج فيها من رابطة القرابة او الاحترام . وكذلك نص القانون اللبناني على ان حكم مرور الزمان يقف بوجه عام لمصلحة كل دائن استحال عليه قطعه لسبب لم يكن هو فيه مختاراً (المادة ٣٥٦) .

وانت ترى ان قبول الاعذار الشرعية ضروري ، لان وجودهـا ينفي تقصير صاحب الحق في تحصيله ، وينفي ان يكون سكوته تنازلا منه عن حقه ، أو اقراراً بعدم حقه في الظاهر .

وان هذه الاعذار تمنع مفعول مرور الزمان حتى زوالها ، وتوقف هذا المفعول اذا حدثت بعد ابتدائه . ومتى زال العذر رجع مرور الزمان الى مفعوله ، وجمعت المدة السابقة لبداية العذر الى المدة اللاحقة لزواله . وبعبارة أخرى ان العذر يوقف حكم مرور الزمان ، ولكنه لا يقطع هـذا الحـكم ، ولا يمحو المدة التي مرّت قبل حدوثه [٢] .

ويكون أثر العذر خاصاً بمن كان معذوراً فقط . فعليه « لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند الغير ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغر ، وادعى به وأثبته ، يحكم بحصته في المدعى به ، ولا يسري هذا الحـكم الى سائر الورثة » (المادة ١٦٧٢) .

انقطاع مرور الزمان

ان قطع مرور الزمان بسبب من أسبابه يمحو ما مضى من المـدة . وهو بهذا يفارق العذر الشرعي الذي يوقف حكم مرور الزمان ليس إلا .

---

(١) فتاوى علي افندي (ج ٢ ص ١١٧) ، وشرح المجلة لعلي حيدر (تحت المادة ١٦٦٣) .
(٢) علي حيدر ، في شرحه على المادة ١٦٦٣ .

وينقطع مرور الزمان في المجـلة باقرار المدين بحق المدعي في سند خطي [١] . وينقطع ايضا باقامة الدعوى لدى القضاء قبل نهاية مدة التقادم . اما المطالبة خارج القضاء فلا عبرة بها [٢] .

وهكذا نصت المجلة على انه « اذا ادعى أحد على آخر خصوصاً في حضور الحاكم في كل بضع سنوات مرة ولم تفصل دعواه ، ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة ، فلا يكون هذا المرور مانعاً لاستماع الدعوى . وأما ما لم يكن في حضور الحاكم من الادعاء والمطالبة ، فلا يدفع مرور الزمان . بناء عليه اذا ادعى أحـد خصوصا في غير مجلس الحاكم وطالب به ، وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان ، فلا تسمع دعواه » (المادة ١٦٦٦!) .

أما قانون الموجبات والعقود اللبنـاني ، فهو يختلف في هذه المسألة عن المجلة . ففيـــه ينقطع حكم مرور الزمان باقرار المدين ، ولو لم يكن خطياً . وينقطع بمطالبة الدائن للمدين ، ولو لم تكن لدى القضـــاء ، شرط ان تكون خطية ذات تاريخ صحيح . وينقطع ايضا بطلب قبول دين الدائن في تفليسة المفلس ، او بعمل احتياطي يتناول املاك المدين ، او بعريضة ترمي الى نيل الاذن في اجراء عمل من هذا النوع (المادتان ٣٥٧ و٣٥٨) .

مفاعيل مرور الزمان

ان التقادم في الديون العادية لا يسقط الحق في الشريعة الاسلامية ، وفق القاعدة ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان . ولكن التقادم يمنع من سمـــاع الدعوى في المذهبين المالكي والحنفي . وهذا كما اوضحنا يستند عند الحنفيين الى الاستحسان واجتهاد الفقهاء ونهي السلطان بما له من حق تقييد ولاية القضاء ، وذلك قطعاً للحيل والتزوير . فاذن ان ما يسقط هو الدعوى وليس الحق نفسه .

لذلك ، فالدعوى التي مر عليها الزمان لا تسمع أمام القاضي ، لانه ممنوع عن سماعها بالنهي السلطاني . ولكنها تسمع أمام الحكم ، لانه غـــير ممنوع عن ذلك .

---

(١) مدلول الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٧٤ .

(٢) تنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٨) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٤٧٦) .

وأيضاً تسمع الدعوى اذا اعترف الخصم بالحق المدعى به ، لانه « لا تزوير مع الاقرار »[١].

وهذا كله اخذت به المجلة فقالت : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه ، اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بان للمدعي عنده حقا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي، فلا يعتبر مرور الزمان ، ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر ، فكما لا تسمع دعواه الاصلية كذلك لا تسمع دعوى الاقرار . ولكن إذا كان الاقرار المدعى به قد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه او ختمه المعروفين، ولم تمر مدة مرور الزمان من تاريخ السند الى وقت الدعوى ، فعند ذلك تسمع دعوى الاقرار على هذه الصورة » (المادة ١٦٧٤) .

وان نظرية سقوط الدعوى دون الحق ذهب اليها القانون الانكليزي[٢] . وذهب اليها أيضاً اجتهاد المحاكم الفرنسية ، الذي أقرّ ان مرور الزمان وان كان مسقطاً للدعوى الا انه لا يمنع من بقاء الحق ومن الادلاء به بطريق دفع الدعوى[٣] .

اما في قانون الموجبات اللبناني ، فان « حكم مرور الزمن لا يقتصر على اسقاط حق الدائن في اقامة الدعوى ، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة بوجه من الوجوه لا باقامة دعوى ولا بتقديم دفع . على ان المديون الذي أبرأه مرور الزمن من الوجهة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعي يمكن اتخاذه سبباً للايفاء » (المادة ٣٦١) .

ونحن نرى انه من التناقض ان يقال بسقوط الحق مع بقاء الموجب الطبيعي . فالموجب الطبيعي ، كما نعلم ، هو الموجب الذي لا يمكن تنفيذه الا اختياراً من قبل المدين[٤] . او بعبارة اخرى ، هو الموجب الذي لا تسمع الدعوى به ، او

---

(١) تنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٥و٨) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٤٧٦) ، نقلا عن ابي السعود افندي .

(٢) قال آنسون ، في كتابه « قانون العقد » ، ص ٣٩٩ :

The remedies are barred, though the rights are not extinguished

(٣) Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum

انظر جوسران ، ج ٢ رقم ٩٩٥ ص ٥٢٤ .

(٤) المادة الثانية من قانون الموجبات اللبناني .

الموجب المدني مجرداً من حق المداعاة . فاذا كان الموجب الطبيعي كذلك ، وكان مرور الزمان يجعل الموجب المدني طبيعياً ، فانه يجرده من حق المداعاة فحسب . ومن ثم لا يمكن ان يقال بسقوط الحق او الموجب نفسه ، اذ انه ليس للساقط من اثر لا مدني ولا طبيعي.

وعلى كل ، فالخلاف بين الشرع الاسلامي او غيره من الشرائع القائلة بسقوط الدعوى فقط وبين القانون اللبناني او غيره من القوانين التي تقول بسقوط الحق مع بقاء الموجب الطبيعي هو خلاف نظري ليس إلا . فالنتيجة العملية في كلا المذهبين واحدة . وهي ان رد الدعوى يتوقف مبدئيا على حضور المدين وانكاره الدعوى وطلبه عدم سماعها لمرور الزمان ، كما سنرى .

الادلاء بمرور الزمان والتنازل عنه

هل انه يتحتم عدم سماع الدعوى لمرور الزمان ، أم يجب الادلاء بذلك من قبل المدين ؟ أي هل على القاضي ان يردّ الدعوى للتقادم من تلقاء نفسه ، أم يتوقف ذلك على طلب المدين ؟

تردّدت محكمة التمييز العثمانية في هذه المسألة . فبعد ان ذهبت في بادىء الامر الى ان النهي السلطاني يمنع القاضي من سماع الدعوى ويوجب عليه ان يرفضها من تلقاء نفسه ، عادت فاجتهدت بانه يشترط حضور المدعى عليه الى المحكمة وانكاره الحق المدعى به وادلاؤه هو بمرور الزمان حتى يجوز للمحكمة ان ترفض سماع الدعوى لهذا السبب [1] .

وان هذا الرأي الاخير مشت عليه محكمة التمييز اللبنانية [2] ، خلافاً لمحكمة التمييز

---

(١) انظر في الاجتهاد القديم قراراتها الصادرة في ١٠ كانون الاول سنة ١٣٠٨ مالية (١٨٩٢ ميلادية) ، و ٢٠ تشرين الاول سنة ١٣٢٦ مالية (١٩١٠ ميلادية) ، وعدد ١٧ المؤرخ في ٢٤ مارس سنة ١٣٢٧ مالية (١٩١١ ميلادية) . راجع مجلة المحامي للاستاذ فؤاد رزق (زحلة ، السنة الثانية القسم الاول ص ١٨٦) ، وشرح باز لقانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني تحت المادة ١٧٩ .

(٢) انظر مثلا القرارين رقم ٤٢٣ المؤرخ في ٢٢ شباط سنة ١٩٢٧ ، ورقم ٤٥٥ المؤرخ في ٨ تشرين الثاني سنة ١٩٢٨ .

السورية [١]. وهو أيضاً رأي القانون المدني الفرنسي (المادة ٢٢٢٣) ، ورأي قانون الموجبات والعقود اللبناني ، حيث جاء فيه : « لا يجري حكم مرور الزمن حتماً بل يجب ان يدلي به من تم في مصلحته . ويمكنه الادلاء به في جميع اطوار المحاكمة حتى في الاستئناف للمرة الاولى . ولا يجوز للقاضي ان يطبق من تلقاء نفسه احكام مرور الزمن » (المادة ٣٤٥) .

ولا شك في ان ذلك يستتبع ان للمدين ان يتنازل عن حكم مرور الزمان بعد الحصول عليه ، لما له من خيار الاقرار بالدين ومن حق عدم الادلاء بمرور الزمان ، كما اوضحنا .

ولكن هل يجوز للمدين ان يتنازل مقدماً عن حكم مرور الزمان؟ لقد نص القانون اللبناني صراحة على منع ذلك [٢] ، كما انه حرم الاتفاق على اطالة مدة مرور الزمان أو على تقصيرها . وهذا موافق لروح المذهب الحنفي الذي يبني عدم سماع الدعوى على النهي السلطاني . ونجد نفس المنع أيضاً في القانون المدني الالماني ، الا في مسألة تقصير المدة ، فانها جائزة في هذا القانون (المادة ٢٢٥) .

---

(١) راجع مثلا قرارها رقم ١٢٠ الصادر في ٣ شباط سنة ١٩٤١ ، المنشور في المجلة القضائية للسيد يوسف صادر ، بيروت ، ١٩٤٤ ، ص ٢٢٤ .

(٢) ان المادة ٣٤٦ منه ذكرت خطأ كلمة الدائن عوضاً عن كلمة المدين،وهذا الخطأ ظاهر ، لأن الذي يتنازل عن حكم مرور الزمان هو الذي يستفيد منه ، اي المدين لا الدائن .

الفصل الخامس

اسباب اخرى لسقوط الموجبات

اتحاد الذمة

يستحيل على المرء شرعاً أن يكون دائناً ومديناً بنفس الدين . فعليه اذا انتقل الدين الذي على شخص الى ذلك الشخص نفسه ، فعندئذ تجتمع فيه ، بعبارة القانون اللبناني (المادة ٣٣٧) ، الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المدين . فهذا الاجتماع يسمّى اتحاد الذمة ، اي اتحاد ذمة الدائن مع ذمة المدين ، وهو يسقط الدين أو الموجب بنسبة هذا الاتحاد .

وفي الكتب الفقهية امثلة عديدة من ذلك ، واليك اهمها :—

اولا — اذا توفي الدائن وكان المدين وارثاً له بالحصر ، سقط الدين بكامله . واذا كان للدائن ورثة آخرون ، فالدين يسقط عن المدين الوارث بنسبة حصته في الارث [١] . مثلا افتى قاضيخان بانه لو سرق رجل من ابيه مالا ثم توفي ابوه وهو وارثه ، فالدين ينتقل بالارث اليه ويسقط عنه [٢] .

ثانياً — لو توفي الدائن وانحصر ارثه بالمدين ، فان الكفيل يبرأ من الكفالة ، إذ ان المدين الاصيل باتحاد ذمته مع الدائن المورث بسبب الارث يبرأ من الدين ، وان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل . امـا اذا كان للدائن وارث آخر مع المدين المكفول ، فالكفيل يبرأ بنسبة حصة الوارث الآخر (المادة ٦٦٧) .

---

(١) فتـاوى السبكي (ج ١ ص ٣٣٠—٣٣١ ، حيث لخصت رسالته « منبـه الباحث في دين الوارث ») ، واشباه السيوطي (ص ١٩٤) ، وشرح المجلة لعلي حيدر (ج ١٠ ص ٨٨ في المبحث الخامس الملحق بالمادة ١١١٣) .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ص ٢٩١ .

ثالثاً - في الحوالة ، اذا توفي الدائن المحال له وورثه المدين المحـال عليه سقط حكم الحوالة (المادة ٧٠٠) ، لاجتماع صفتي الدائن والمدين في ذمة واحدة .

رابعا - في المجلة وغيرها ، «لو ملك المستأجر عين المأجور بارث أو هبة يزول حكم الاجارة» (المادة ٤٤٢). وكذلك تفسخ الاجارة اذا تملك المستأجر المأجور بالشراء . وسببه اتحاد ذمة المؤجر والمستأجر ، إذ ان المستأجر بتملكه المـأجور يأخذ صفة المالك المؤجر ، فتتعارض الصفتان في نفس الشخص وتسقط الاجارة . واذا تملك المستأجر بعض المأجور فقط ، سقطت الاجارة بقدر ما تملك ، وبقيت في الباقي [1] .

تجديد الموجب

يسقط الموجب بتجديده وابداله بموجب آخر يحل محله . وقد افرد قانون الموجبات اللبناني فصلاً خاصا لتجديد الموجب. فعرّفه بانه «استبدال الموجب الاول بموجب جديد». واشترط لصحته وجـود نية التجديد وادخال عنصر جديد الى الموجب السابق . وهذا العنصر يكون بتبديل الدائن او المدين او موضوع الموجب او السند القانوني الذي يستمد منه الموجب (المادتان ٣٢٠ و ٣٢٣) .

وان بعض القوانين لم تذكر التجديد . فالقانون المدني الالماني مثلاً اكتفى بالاستبدال أو الايفاء باداء العوض كوسيلة لتغيير الدين ، وبالحوالة كوسيلة لتغيير الدائن أو المدين [2] .

اما الفقهاء المسلمون ، فانهم لم يفردوا لهذا البحث باباً خاصاً ، بالنظر الى وجود الحوالة التي تغني عن التجديد الناتج من تبـديل الاشخاص . ولكن برغم ذلك فان الشريعة الاسلامية لم تمنع هذا التجديد، بل ان فيها ما يدل على وجوده ، كما يستدل من الكتب الفقهية ، وكما اوضحه مصنف مرشد الحيران (المواد ٢٥٠ - ٢٥٢) .

مثاله ، لو ادان رجل رجلين مبلغاً معلوماً مؤجلاً الى سنة و كفلهما رجل آخر ،

---

(١) جامع الفصولين وبهامشه اللآلىء الدرية (ج ٢ ص ٥٢) ، والفتاوى البزازية (ج ٢ ص ٩٤ بهامش الهندية) ، والمغني (ج ٦ ص ٤٧-٤٨) .

(٢) انظر المادة ٧٨٣ وما بعدها من ذلك القانون .

ثم استحق الأجر فأدّى احد المدينين ما عليه وأدّى الآخر البعض وبقي عليه مائة قرش ، فعامل الدائن بها وزاده عشرين قرشاً واجل ذلك الى اجل معلوم من غير حضور الكفيل ، ففي هذه الحال افتى مؤلف الحامدية بان عقـد الكفالة انفسخ بسقوط العقد الاول ، فلا يكون الكفيل ضامناً المبلغ الحاصل بالعقد الجديد [١] .

وهذا شبيه بما جـاء في القانون اللبناني بان التجديد يسقط الموجب السابق اصلا وفرعاً ، الا اذا قبل الكفيل بضمان الدين الجديد أو اذا وجـد نص صريح بالحاق التأمين السابق به (المادة ٣٢٥) .

ولكن هل يعتبر تغيير صك الدين عنصراً جديداً كافياً للتجديد ؟ ان القـانون اللبناني اجاب بالنفي عن هذا السؤال (المادة ٣٢٤) . أما في الشرع الاسلامي ، فالظاهر العكس، وفاقاً للقاعدة ان « اختـلاف الصك يكون بمـنزلة اختلاف السبب » [٢]. وعلى هذه القاعدة سار اجتهاد المحاكم اللبنانية ، في القضايا السابقـة لتطبيق قانون الموجبات الجديد [٣].

ومن امثلة التجديد الواردة في المجلة انه « اذا تكرر عقد البيع بتبديـل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني . فلو تبايع رجلان مالاً معلوماً بمائة غرش ثم بعد انعقاد البيع تبايعا ذلك المال بذهب من ذوات المائة أو بمائـة وعشرة أو بتسعين غرشاً يعتبر العقد الثاني » (المادة ١٧٦) .

---

(١) تنقيح الحامدية ، ج ١ ص ٣٣٤ .

(٢) الفتاوى الخانية (ج ٣ ص ١٧٧) ، والتنقيح في الموضع المذكور .

(٣) انظر مثلا الحكم الصادر من محكمة الاستئناف ، الغرفة المدنية الاولى ، بتاريخ ١٣ آب سنة ١٩٤٠ عدد ٢٦٢ .

[illegible]

او السند القانوني الذي [illegible]

وان بعض القوانين لم تذكر التجديد . فالقانون المدني الالماني مثلا اكتفى بالاستبدال أو الانقضاء بأداء العوض كوسيلة لتغيير الدين ، وبالحوالة كوسيلة لتغيير الدائن أو المدين [2] .

اما الفقهاء المسلمون ، فانهم لم يفردوا لهذا البحث بابا خاصا ، بالنظر الى وجود الحوالة التي تغني عن التجديد الناتج من تبديل الاشخاص . ولكن برغم ذلك فان الشريعة الاسلامية لم تمنع هذا التجديد ، بل ان فيها ما يدل على وجوده ، كما يستدل من الكتب الفقهية [3] ، وكما اوضحه مصنف مرشد الحيران (المواد ٢٥٠ – ٢٥٣) .

مثاله : لو اداك رجل رجلا مبلغا معلوما مؤجلا الى سنة و كفله رجل آخر ،

[illegible]

(٣) انظر المادة ٢٨٣ وما بعدها من ذلك القانون .

الباب الثالث

انتقال الموجبات

الفصل الاول

الانتقال بالارث

من الغرماء في التركة

ان التركة هي مجموع ما يتركه المرء بعد وفاته من مال او حقوق ماليـــة .
ويتعلق بالتركة في الشرع الاسلامي حقوق أربعة مقـــدم بعضها على بعض وفق الترتيب التالي : —

اولا — يبـــدأ بتكفين الميت وتجهيزه ، أي بما يحتاج اليه من وقت الوفاة الى وقت الدفن ، بدون تبذير ولا تقتير .

ثانياً — تقضى ديون الميت من جميع ما بقي من المال بعد مصروفات التجهيز .

ثالثاً — تنفذ الوصايا من ثلث المال البـــاقي بعد الدين شرط ان تكون لغير الوارث . وقد تعدلت هذه القاعدة في لبنـان بخصوص غير المسلمين بقانون الوصية لغير المحمديين الصادر في ٧ آذار ١٩٢٩ ، الذي اجاز الوصية لوارث ولغير وارث ، حتى ولو باكثر من الثلث ، شرط ان تحفظ فروض بعض الورثة .

رابعاً واخيراً — يقسم ما بقي من التركة بعد التجهيز والدين والوصية بين ورثة الميت الذين ثبت ارثهم بالادلة الشرعية [١] .

---

(١) راجع شرح الشريف الجرجاني على السراجية في علم الفرائض (طبع صبيح بمصر ، ص ٢ — ٦) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٨٣) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٩٣) ، وقانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (المادة ٥٨٣) ، وقانون المواريث المصري الجديد الصادر في ٦ آب سنة ١٩٤٣ (المادة الرابعة) .

ونحن لن نتعرض ههنا الى تفصيل هذه الحقوق ، ولا الى بيان احكام الوصية والمواريث في الشرع الاسلامي . فهذا كله خارج عن موضوعنا . ولكننا نقول كلمة عن حق الغرماء أولا ومصير ديونهم بعد الوفاة ، وعن انتقال ما بقي من التركة الى الورثة .

فمعلوم ان حق الغرماء يتعلق بذمة المدين . ثم بعد وفاته ينتقل حقهم الى التركة ، فيتعلق بمعناها لا بصورتها [١] . أي انه لا يتعلق بشيء معين منها ، بل يتعلق بمجموعها . فهي إذنْ تقوم مقام المورث اذا صح مثل هذا التشبيه .

ولكن ، لما كان حق الغرماء معلقاً بالتركة وكان مقدماً على حق الورثة ، فهل يتوقف تملك هؤلاء للارث حتى الى ما بعد ايفاء الديون ؟ ام انهم يملكونه بمجرد موت المورث ؟

في المسألة قولان . الاول يقول بعدم انتقال التركة الا بعد وفاء الديون . والثاني ، وهو المختار ، يعتبر ان الورثة يملكون الارث بمجرد موت المورث قبل وفاء الديون ، الا اذا كانت هذه الديون تستغرق التركة . فحينئذ لا يتملكون شيئاً ولا ينفذ شيء من تصرفاتهم فيها ، كالوقف وما أشبه ، الا برضى الغرماء [٢] . ومن ثم تكون ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة [٣] .

وهكذا تنتقل الموجبات من المورث الى الورثة . فهم يقومون مقامه بطريق الخلافة [٤] . وينتصب أحدهم وحده خصماً عن الباقين في دعوى الدين التي تقام باسم الميت او عليه [٥] ، ويعدون مع مورثهم في حكم المتكلم الواحد في مسألة التناقض

---

(١) المهذب (ج ١ ص ٣٢٨) ، والبدائع (ج ٧ ص ٢٢٦) .

(٢) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٣٢) ، والفتاوى الخيرية (ج ١ ص ١٧٥ و ٢٢٤) ، والفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٤٦٢) ، واشباه ابن نجيم (ص ١٤٠) ، واشباه السيوطي (ص ١٩٤) ، وفتاوى السبكي (ج ١ ص ٣٣١) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٧) ، والقواعد لابن رجب (ص ٧٧ و ٨٨ و ١٩٣ و ٣٩٩) . انظر الخلاف الواقع في الاجتهاد المصري في هذه المسألة بين المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية في كتاب :
« Goadby's Introduction to The Study of Law » ، لندن ، ١٩٢١ .

(٣) تنقيح الحامدية (ج ١ ص ٣٤٨) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٢٦) .

(٤) اشباه ابن نجيم ، في الموضع المذكور .

(٥) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٣٤) ، والمادة ١٦٤٢ من المجلة . الغيت هذه القاعدة في لبنان بمدلول المادة ٤٩٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية ، والمادة ٧٦ من قانون الموجبات ، وقرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد عدد ١٨ الصادر في ١٢ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ .

وغيرهـــا [١] .

زيادة الديون على التركة

لو فرض وكانت ديون الميت زائـــدة على ما تركه من الاموال ، فهل على الوارث ان يدفعها من ماله الخاص [٢] ؟

نعم يجب عليه ذلك في بعض الشرائع القديمة ، كالشريعة الرومانيـة والشريعة العبرية ، وفي بعض الشرائع اللاتينية الحديثة ، كالقانون المدني الفرنسي . ففي هذه الشرائع يعتبر الوارث مكملاً لشخص الميت ، فيقوم مقامـــه في اداء الديون ، ويلزمه ايفـــاؤها من ماله الخاص ان لم تف التركة بذلك . ولكن بعض هذه القوانين ، كالقانون الفرنسي مثلاً ، اجازت للوارث ان يتخلص من هذه المسؤولية الثقيلة برفضه التركة المستغرقة أو بقبوله بها بعد تحريرها في لائحة تنظم بخلال ثلاثة اشهر من الوفاة [٣] .

اما الشريعة الاسلامية ، فانها لم تجبر الوارث على ان يدفع من ماله الخاص ما زاد على التركة ، لان هذا الوارث يعد وارثاً للتركة لا لشخص الميت ، ولان الدين لا ينتقل من ذمة الميت الى ذمة الوارث ، بل يتعلق بالتركة أو بمعنى التركة كما اوضحنا [٤] .

والى هذا ذهب ايضاً القانونان الانكليزي والالماني . ففيهما يعين القاضي قيّماً على التركة [٥] ، تكون وظيفته تحرير التركة من الديون ، ثم توزيع المال الباقي على الورثة كل بحسب نصيبه [٦] .

---

(١) المادة ١٦٥٢ من المجلة .

(٢) كما يقال في اللاتينية : Ultra vires successionis

(٣) انظر المواد ٧٢٤ و ٧٧٤ و ٧٧٥ و ٧٩٣ و ٧٩٥ و ٨٠٢ من القـــانون المدني الفرنسي ، وكولان وكابيتـــان (ج ٣ ص ٥٨٤ وما بعدها) ، وكتاب المدينة القديمـــة « La Cité Antique » تـــأليف ده كولانج F. de Coulanges (باريس سنة ١٩٢٣ ، ص ٧٧) ، وكتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبري (المادة ٣٣١) .

(٤) جامع الفصولين (ج ٢ ص ٢١٤) ، والخيرية (ج ٢ ص ٦٤ و ٧٣) . انظر نظام الايتام العثماني بشأن تحرير تركات المدينين وغيرهم .

(٥) Administrator, Nachlasspfleger .

(٦) المادة ١٩٧٥ من القانون المدني الالماني ، وكتاب تششاير المذكور (ص ٧٧١) .

توريث الحقوق والاموال

روي عن النبي (ص) انه قال : «اذا مات الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاثة ، الا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له »[١] .

ولكن اذا انقطع عمل الانسان بموته ، فلا تنقطع بذلك ديونه وموجباته وحقوقه جميعاً . فقد اوضحنا كيف تتعلق الديون بالتركة ، واوضحنا ترتيب الحقوق الاخرى التي تتعلق بهذه التركة .

وفي الحديث الشريف أيضاً ان « من ترك مالاً (أو حقاً) فلورثته »[٢] . وان الضابط في ذلك ان الورثة يرثون المال ويرثون من الحقوق ما كان يتعلق بالمال أو ما يدفع الضرر عنهم بتخفيف ألمهم . أما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته فانه لا ينتقل الى ورثته[٣] . مثلاً لا يبطل البيع المطلق بموت البائع ، ولكن بيع الاستصناع يبطل بموت الصانع[٤] .

وان هذا الضابط المعقول لا خلاف فيه من حيث المبدأ . ولكن الخلاف كان من حيث تطبيقه على الفروع . ونحن لا نتوسع هنا في الحقوق التي تورث والتي لا تورث . بل نكتفي ببعض الامثلة المهمة فقط .

أولاً — خيار الشرط .

رأينا في باب الشرط ان هذا الخيار يورث كباقي الحقوق عند جمهور الفقهاء وفي القانون اللبناني ، خلافاً للحنفيين. فعندهم يسقط هذا الخيار بالوفاة ، لانه ارادة ومشيئة يتعلق بأهلية التأمل ، وهذه الاهلية تبطل بالوفاة[٥] .

---

(١) رواه بهذه العبارة مسلم في صحيحه (ج ٥ ص ٧٣) . وقد اخرجه ايضاً ابو داود في سننه (ج ٣ رقم ٢٨٨٠) ، والنسائي والترمذي واحمد والبخاري في الادب. وقال عنه السيوطي انه حديث ضعيف . انظر الجامع الصغير (ج ١ رقم ٨٥٠) ، ونيل الاوطار (ج ٦ ص ١٨).

(٢) رواه احمد وابن ماجه . انظر الفتح الكبير (ج ٣ ص ١٧٨) ، والمغني (ج ٤ ص ٤٨٦) ، والفروق (ج ٣ ص ٢٧٥) .

(٣) الفروق ، ج ٣ ص ٢٧٦ .

(٤) اشباه ابن نجيم ، ص ٨٤ .

(٥) راجع تفصيل ذلك في هذا الجزء ، ص ٢١٤ . انظر ايضاً المادتين ٣٢١ و ٣٥٨ من المجلة بشأن عدم توريث خيار الرؤية وخيار الغبن والتغرير ، وانظر امثلة اخرى عن الحقوق التي تقبل التوريث في القواعد لابن رجب ، قاعدة ١٤٤ ص ٣١٥ — ٣١٨ .

ثانياً – الاجارة .

أتفسخ الاجارة بوفاة أحد المتعاقدين ؟ أم انها لا تفسخ ، فتنتقل حقوق العقد الى ورثة المتوفى ؟

اختلف في الجواب ههنا . فقال سفيان الثوري والليث بن سعد وابو حنيفة النعمان وداود الظاهري واتباعهم بان عقد الاجارة ينفسخ بوفاة المؤجر أو المستأجر . وحجتهم في ذلك ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة حسب حصول المنفعة ، التي لا تحدث الا شيئاً بعد شيء . فاذا توفي المؤجر انتقل المأجور الى وارثه مع منافعه وأصبح العقد الذي اجراه المالك السابق باطلاً لانتهاء ملكه بالموت . واذا مات المستأجر ، فلا تنتقل حقوق العقد الى ورثته لان المنافع لا يتصور انتقالها قبل وجودها .

اما عند جمهور الائمة ، مالك والشافعي وابن حنبل وغيرهم ، فان حق العقد في الاجارة من الحقوق الموروثة . فاذا توفي احد العاقدين لاتنفسخ الاجارة، بل تنتقل حقوق المتوفى الى ورثته [١] . وبهذا الرأي الثاني اخذ نظام ايجار العقار العثماني [٢] ، وقانون الموجبات اللبناني ، حيث جاء فيه « لاينفسخ عقد الايجار بموت المستأجر ولا بموت المؤجر » (المادة ٦٠٠) .

ثالثاً – الشفعة .

ان حق الشفعة هو الحق المعطى للشفيع بان يتملك العقار المبيع بمقدار الثمن الذي نقده المشتري . فهل ان هذا الحق خاص بالشفيع ، ام انه ينتقل الى ورثته بعد وفاته ؟

قال الامامان مالك والشافعي بتوريث حق الشفعة قياساً على الاموال . وقال الامام ابن حنبل ان هذا الحق لا يورث الا ان يكون الميت قد طالب به قبل وفاته [٣] .

---

(١) الهداية (ج ٣ ص ٢٠١) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٨٩) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٩١) ، والروض المربع (ج٢ ص ١٠٢) ، وحاشية البيجوري (ج ٢ص ٣٠–٣١).

(٢) انظر المادة ١٧ من الارادة السنية الصادرة في ٢٨ جمادى الاولى سنة ١٢٩٩ ﻫ ، او ٥ نيسان سنة ١٢٩٨ مالية (١٨٨٢ ميلادية) ، المعدلة بتاريخ اول شباط سنة ١٣٢٩ مالية (١٩١٣ ميلادية) .

(٣) بداية المجتهد (ج ٢ ص ٢١٨) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٣٦ — ٥٣٧) .

اما في المذهب الحنفي فان الشفعة لا تورث [1] . فعليه ، نصت المجلة على انه : «لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لاينتقل حق الشفعة الى ورثته » (المادة ١٠٣٨) . وبهذا ايضاً اخذ قانون الملكية السوري اللبناني (المادة ٢٤٣) ، قبل تعديله في لبنان بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨ ، الذي ينص على ان حق الشفعة ينتقل عند وفاة صاحبه الى ورثته .

(١) الاختيار شرح المختار للموصلي ، ج ١ ص ٢١٩ .

الفصل الثاني

الانتقال بين الاحياء

البند الاول — انتقال دين الدائن

تمهيد

معلوم ان الدين أو الموجب رابطة شخصية تعرف بالفكر لا بالحس . فلذا لم تكن الموجبات في الشرائع القديمة قابلة للانتقال . فلم يكن بامكان الدائن ان ينقل حقه الى آخر ، ولم يكن بامكان المدين ان يحيل الدائن بحقه على آخر .

وقد كان الامر كذلك في القانون الروماني . غير أن ضرورات الحياة العملية اوجدت بعض الوسائل أو الحيل لنقل دين الدائن . فكان ذلك يحصل في بادىء الامر بواسطة تجديد الدين مع تغيير شخص الدائن ، أو بواسطة الوكالة القضائية التي يعطيها المتفرغ له لاجل تحصيل الدين مع اعفائه من محاسبة الموكل عن اعماله ، وهذا كما ترى من نوع الوكالة لمصلحة الوكيل [١] .

ولكن ذلك لم يكن وافياً بالغرض المنشود. فطريقة التجديد لا تنتج الانتقال الحقيقي لما لها من أثر اسقاط الموجب القديم . وكذلك في واسطة الوكالة ، لم يكن الوكيل المتفرغ له بمأمن عن العزل من جانب الموكل . فلذا تعدّل الامر في ايام الاباطرة، فصار التفرغ جائزاً في الواقع بشرط ابلاغه الى المدين [٢] .

وقد اصبح التفرغ عن الدين من المسائل المباحة في قوانين اليوم . ففي قانون

---

(١) Procuratio in rem suam

(٢) جيرار ، ص ٧٧١ — ٧٧٨ .

الموجبات اللبناني يجوز للدائن ان يتفرغ لشخص آخر عن دين له، ولكن لا مفعول لهذا التفرغ تجاه المدين او تجاه الغير الا بابلاغ التفرغ الى المدين أو بقبول هـذا المدين بالتفرغ في وثيقة ذات تاريخ مسجل . ويكون للتفرغ بعدئذ مفعول نقـل الدين مع جميع ملحقاته (المواد ٢٨٠-٢٨٦) .

اما الشريعة الاسلامية، فانها درست مسألة التفرغ عن دين الدائن في بحث بيع الدين وهبته . ولقد رأينا حـكم بيع الدين ممن عليه الدين في باب الاستبدال او الايفاء باداء العوض ، ورأينا حكم هبة الدين ممن عليه الدين في معرض بحث الابراء ، وأوضحنا انهما جائزان بشروط وتفصيلات مرّت معنا .

ولكن بحثنا ههنا يتعلق بالتفرغ عن دين الدائن ، ببيعه او بهبته الى غير المدين. وان هذا البحث اختلف حكمه باختلاف المذاهب . ونحن نبين نظر المذهب الحنفي اولا ، ثم نظر باقي المذاهب الاسلامية ، بوجه موجز على قدر المستطاع .

المذهب الحنفي

في هذه المسألة ، كما في غيرها ، اصل ومستثنيات . فالاصل هو ان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل [١] ، سواء أكان هـذا التمليك بالعوض واسمه بيع الدين أم بغير عوض واسمه هبة الدين . وتعليل هـذا المنع هو العجز عن التسليم ، لان الضابط في العقود هو ان يكون المعقود عليه مقدور التسليم . وذلك بخـلاف تمليك الدين ممن عليه الدين ، إذ انه لا حاجه فيه الى التسليم [٢] .

ولكن لهذا الاصل مستثنيات ،وهي [٣] :—

اولا — الحوالة . وسنرى حكمها في البند الآتي . مثاله قالت المجلة : « البائع له ان يتصرف بثمن المبيع قبل القبض . مثلا لو باع ما له من آخر بثمن معلوم له ان يحيل بثمنه دائنه » (المادة ٢٥٢) .

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٤٤) ، والمجامع وشرحه المنافع (ص ٣١٦) .

(٢) المبسوط (ج ١٢ ص ١٤٦) ، والبدائع (ج ٥ ص ١٤٨) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٦٣) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٢٣٠) .

(٣) الاشباه في الموضع المذكور ، والدر المختار (ج ٢ ص ٤٨٣) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٧١٧) .

ثانياً - الوصية . فللدائن أن يوصي بدينه لغير من هو عليه .

ثالثاً - الهبة مع التوكيل بالقبض .

ان القياس ، الذي قال به الامام زفر صاحب ابي حنيفة ، يقضي بانه لا يجوز لأحد ان يهب لآخر ديناً له بذمة رجل ثالث ولو سلطه على قبضه منه ، « لان الدين ليس بمال ... وان بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتمليك المال . فالهبة مثله او اولى ، لان الهبة لا تتم الا بالقبض ، وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور » .

ولكن الاستحسان في ظاهر الرواية عند الحنفيين جوّز ذلك . ووجه هذا الاستحسان ان البيع ليس نظير الهبة لانه يوجب الملك وقت العقد وقبل القبض خلافاً للهبة ، وان للواهب أن ينيب الموهوب له في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب . وهكذا يصير الموهوب له « قابضاً للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة » . أو بعبارة اخرى، يكون المتفرغ له هنا وكيلاً قابضاً للمتفرغ ثم لنفسه .

وقد اخذت المجلة بهذا الاستحسان ، ونصّت على انه : « من وهب دينه الذي هو في ذمة أحد لآخر واذنه صراحة بالقبض ، بقوله اذهب فخذه ، فذهب الموهوب له وقبضه تم الهبة » (الماده ٨٤٨) .

فاذنْ ، يشترط تسليط المتفرغ له على القبض ، والاّ بطل التفرغ . ولكن هذا يستتبع ان للمتفرغ ان يعزل المتفرغ له عن التسليط قبل القبض . وفي هذا ما فيه من خطر وعدم استقرار [١] .

رابعاً - الاقرار بالاسم المستعار .

قالت المجلة : « اذا قال احد ان الدين الذي هو في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا قرشاً ، وان كان قد تحرر باسمي ، الا انه هو لفلان ، واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار ، فيكون قد أقرّ بان المبلغ المذكور في نفس الأمر هو حق لذلك » (المادة ١٥٩٣) .

ومعنى ذلك ان من كان اسمه معيناً كدائن في سند الدين اذا أقرّ أن اسمه فيه

---

(١) انظر في هذه المسألة : المبسوط (ج ١٢ ص ٧٠) ، والبزازية (ج ٣ ص ٢١٠ بهامش الهندية) ، والبحر (ج ٧ ص ٢٨٤) ، والاشباه في الموضع المذكور .

اعارة وان الدين في الحقيقة لشخص آخر ، فان هذا الاقرار صحيح باعتباره اخباراً لا تمليكاً ، وان للمقرّ له بعدئذ ان يقبض الدين بدون تفويض من المقرّ [١]. وانت ترى ما في هذا في الواقع من وسيلة للتحيل على قاعدة منع نقل دين الدائن [٢].

باقي المذاهب الاسلامية

من المذاهب الاسلامية فئة اخذت بالقاعدة التي قال بها الحنفيون ، ولكن بدون القبول بمستثنياتها . ومن هذه الفئة المذهبان الحنبلي والظاهري . ففيهما لا يجوز التفرغ عن الدين لا بعوض ولا بغيره ، أي لا يجوز بيع الدين ولا هبته من غير من هو عليه على الاطلاق .

وتعليل هذين المذهبين شبيه بتعليل الحنفيين ، وهو عدم القدرة على تسليم المعقود عليه ، « ولانه لا يدري ذلك الحق الذي له عند فلان في أي جوانب الدنيا هو ولعله في ملك غيره الآن » [٣].

وبهذا أيضاً اخذ المذهب الشافعي في القول المختار . الا انه استثنى من المنع بيع الديون الى غير من هي عليه ان كان الملك عليها مستقرا ، كبدل التعويض في الاتلاف وبدل القرض ، لان الظاهر في ذلك ان البائع يقدر على تسليم ما يبيعه منها « من غير منع ولا جحود » [٤].

اما الامام مالك فقد خالف جمهور الفقهاء فيما ذكرنا ، فجوّز نقل دين الدائن بشروط ، هاك بيانها : —

اولا — هبة الدين .

سئل مالك فيمن وهب لرجل ديناً له على آخر ، فأجاب بان ذلك جائز بشرط

---

(١) الدر المختار (ج ٢ ص ٤٨٣) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٥٣) .

(٢) ذكر الحموي (في غمز عيون البصائر ، ج ٢ ص ٢١٣) عن القنية انه يستثنى من القاعدة التي نحن بصددها المسألة التالية ، وهي : لو قال الاجنبي للدائن « هب لي الدين الذي لك بذمة فلان او حلله لي او اجعل ذلك لي » ، ثم اجابه الدائن « قد فعلت » ، فالمدين يبرأ استحساناً . ولكن هذه المسألة ليست في الواقع من المستثنيات ، لان ابراء المدين فيها يجعلها من نوع هبة الدين للمدين ، وهذا جائز كما رأينا في محله .

(٣) المحلى (ج ٩ رقم ١٥١٠ و ١٦٢٦) ، والمغني (ج ٦ ص ٢٥٧) .

(٤) المجموع شرح المهذب (ج ٩ ص ٢٧٢) ، ومنهاج الطالبين (ص ٦٨) .

الاشهاد على الهبة ، وقبول الموهوب له ، وتسليم وثيقة الدين لهذا الاخير عند وجودها ، واعلام المدين بذلك ، ويستحسن حضوره أيضاً [١] .

ثانياً — بيع الدين .

يسوغ في المذهب المالكي بيع الدين لغير من هو عليه بشروط هي : حضور المدين ، واقراره بالدين ، وتعجيل الثمن ، وان لا يكون المبيع من نوع الطعام ، وان لا يكون المشتري عدواً للمدين ، وان لا يقصد بالشراء اعنات هذا المدين وضرره . ويشترط اخيراً ان يكون الثمن من غير جنس المبيع ، لما في بيع الدين بجنسه من ربا محرم .

وكذلك يسوغ في المذهب المالكي بيع الدين بغياب المدين في المسألة الملقبة بقلب الرهن . « وهي ان يكون بيد انسان رهن في دين مؤجل ، فيحتاج الى دينه قبل الاجل ، فيبيعه بما يباع به ، ويحل المشتري للدين محل بائعه » في حقوقه في الرهن . ويجري كتابة هذا التفرغ في ظهر وثيقة الدين [٢] .

وعلى الجملة ، نحن نستبين مما قدمنا ان انتقال دين الدائن جائز في المذهب المالكي بشروط معينة ، وان نظرية المالكيين في هذه المسألة قريبة من نظرية القانون اللبناني وغيره من القوانين العصرية . اما في باقي المذاهب الاسلامية ، فالتفرغ عن الدين لا يجوز إلا في الاحوال الاستثنائية العديدة التي أقرها الحنفيون ، وفي الاحوال الاستثنائية القليلة التي اختارها بعض الشافعيين .

(١) المدونة الكبرى (ج ١٥ ص ١٢٦ـ١٢٧) ، وشرح الحطاب على سيدي خليل (ج ٦ ص ٥٢) ، وشرح الخرشي (ج ٥ ص ١٠٣) .

(٢) البهجة في شرح التحفة ، ج ٢ ص ٤٧ — ٤٨ .

البند الثاني

انتقال دين المدين والحوالة

تمهيد

ان الديون والموجبات علاقات شخصية بين دائن ومدين . فلا عجب من ان نراها في الشرائع القديمة غير قابلة للنقل والاحالة . وقد رأينا في البند السابق متى وكيف يجوز للدائن ان يتفرغ لغيره عما له بذمة المدين . والآن نرى متى وكيف يجوز للمدين ان ينيب غيره في التزامه نحو الدائن .

ولم تكن حوالة الدين جائزة في القانون الروماني . وكذلك في القانون الفرنسي لا نرى اليوم نظرية عامة للحوالة المدنية [١] . وذلك خلافاً للقانون المدني الالماني (المادة ٤١٤ وما بعدها) ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المواد ٢٨٧-٢٨٩) ، اللذين أقرّا هذه الحوالة .

اما الشريعة الاسلامية ، فانها اجازت حوالة الدين . وقد قال بذلك فقهاء المذاهب جميعاً بدون اختلاف . وهي ، وان كانت من نوع بيع الدين بالدين الذي حرّمه كثير من الفقهاء على ما اوضحنا في البند السابق ، الا انها جوزت « لحاجة الناس مسامحة وارفاقاً » [٢] ، كما انها تستند الى الحديث الشريف الصحيح « مَطل الغني ظلم فاذا أُتْبِعَ احدُكم على مليء فَليَتْبَعْ » [٣] ، أو كما رواه الامام احمد

---

(١) كولان وكابيتان ، ج ٢ ص ١٥٥ — ١٥٦ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ١٠ ص ٣٣٨ .

(٣) روي في الصحيحين وفي كتب السنن الاربعة وغيرها . انظر البخاري بشرح العيني (ج ١٢ ص ١٠٩) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ٣٤) ، وشرحه للنووي (ج ١٠ ص ٢٢٨) ، وسنن ابي داود (ج ٣ رقم ٣٣٤٥) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج ٢ رقم ٨١٨٢) .

« ومن احيل على ملي، فليحتل »[١] .

وليس من ينكر تأثر الغرب بمدنية العرب وبثقافتهم وبتجارتهم ، ومن أدلة ذلك ما نراه من الكلمات العربية الموجودة في اصطلاحهم التجاري والفقهي . ولعل السفتجة أو الحوالة التجارية كانت من اهم نواحي هذا التأثير .

فلقد أثبت غراسهوف وغيره من الباحثين الغربيين ان السفتجة لم تعرف في اوروبا قبل القرن الثاني عشر للميلاد ، على حين انها كانت معروفة عند العرب قبل ذلك بما لا يقل عن الخمسة قرون . وانها لم تدخل اوروبا الا عن طريق الاندلس ، يوم كان لا يزال بلداً عربياً ،وعن طريق ايطاليا إبان الحروب الصليبية وتحت تأثير العرب والمسلمين الذين دخلوا تلك البلاد ، وكان لهم فيها شأن كبير ، لا سيّما في عهد فريدريك الثاني (١١٩٤ - ١٢٥٠ م) ، يوم كان ملك صقلية ، حيث قرّبهم اليه وولاّهم وظائف ادارية وقضائية .

وليس أدلّ على هذا التأثير من كلمة الحوالة نفسها ، التي لا تزال تستعمل في اللغة الفرنسية وغيرها بلفظ آفال[٢] ، بمعنى تظهير السفتجة بتوقيع شخص ثالث على سبيل الكفالة[٣] .

ولم نكن لنستشهد بمن ذكرنا لو لم نتعود من غيرهم انكار بعض الحقائق التاريخية والادعاء المجرّد بان كل ما في شرائع العرب والمسلمين مقتبس من الرومان . ولو عرف الرومان السفتجة والحوالة لما احجم البعض عن مثل هذا الادعاء هنا أيضاً .

التعريف

الحوالة لغةً اسم من الاحالة أو من التحويل ، أي النقل من مكان إلى آخر . والحوالة شرعاً ، كما عرفتها مجلة الاحكام العدلية ، « نقل الدين من ذمة إلى ذمة اخرى » (المادة ٦٧٣) . أو بعبارة الموصلي هي « نقل الدين من ذمة المحيل إلى

---

(١) نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٠٠ .

(٢) Aval

(٣) راجع ما نقله بول اوفلان (Huvelin) عن غراسهوف وغيره في مقاله عن تاريخ السفتجة ، المنشور في مجلة « Annales de droit commercial » لسنة ١٩٠١ ، باريس ، ص ٢٢ — ٢٦ .

ذمة المحال عليه »[١].

ومثل يوضح ذلك : إذا كان لزيد على عمرو عشرة ولعمرو على خالد مثلها ، فأحال عمرو زيداً على خالد ، فيسمى عمرو المحيل أي المدين الذي احال ، وخالد المحال عليه أي الذي قبل الحوالة على نفسه ، وزيد المحال له أي الدائن ، ويسمى الدين أو المال الذي احيل المحال به[٢].

ولا بأس ههنا بلمحة عن السُفتَجة[٣] . وهي تعريب كلمة سفته الفارسية . وتسمّى اليوم سند السحب وتستعمل في الحوالة التجارية[٤] . وقد استعملها التجار العرب كثيراً . ولكن الفقهاء ، وان لم يحرّموها ، الا انهم عدوها مكروهة اذا كانت من نوع القرض الذي يجر منفعة . وصورتها أن يدفع احد في بلدة الى مسافر عرضاً ليدفعه الى صديقه او وكيله مثلاً في بلدة اخرى ليستفيد به سقوط خطر الطريق . فعليه اذا كان القرض بدون شرط ، ثم كتبت السفتجة ، فلا بأس بها حينذاك[٥].

وينبغي لانعقاد الحوالة وصحتها شروط تتعلق بالرضى والاهلية والمعقود عليه . فنحن نبين هذه الشروط ، ثم نوضح مفاعيل الحوالة بين المتعاقدين جميعاً[٦].

---

(١) الاختيار شرح المختار ، ج ٢ ص ٦٧ .

(٢) المواد ٦٧٤ — ٦٧٧ من المجلة ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٧ — ٣٣٨) .

(٣) بضم السين وفتح التاء .

(٤) انظر المادة ٣١٥ وما بعدها من قانون التجارة اللبناني .

(٥) فتح القدير (ج ٥ ص ٤٥٢) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٤١٠) .

(٦) انظر في الحوالة : الهداية (ج ٣ ص ٨٠) ، وفتح القدير (ج ٥ ص ٤٤٣) ، والبدائع (ج ٦ ص ١٥) ، والمختار وشرحه الاختيار للموصلي (ج ٢ ص ٦٧) ، والزيلعي على الكنز (ج ٤ ص ١٧١) ، والبحر (ج ٦ ص ٢٤٤) ، والفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٢٦٥) ، وبهامشها الخانية (ج ٣ ص ١٢٩) ، والبزازية (ج ٣ ص ٢١) ، ودرر الحكام وبهامشه الغنية (ج ٢ ص ٣٠٧) ، ومجمع الانهر وبهامشه الدر المنتقى (ج ٢ ص ١٤٦) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٣٠٧) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٣٩٩) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ١٣٨) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢٧) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٧) ، وشرحي الحطاب والمواق على سيدي خليل (ج ٥ ص ٩٠) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٣٢) ، والبهجة في شرح التحفة (ج ٢ ص ٥٥) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨١) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٧) ، وحاشية البيجوري (ج ١ ص ٣٩٠) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٦٤) ، والمغني وبذيله الشرح الكبير (ج ٥ ص ٥٤) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٤٠٥) ، والمحلى (ج ٨ ص ١٠٨) .

ركن الحوالة : الرضى

ان الحوالة كباقي العقود تتم بالايجاب والقبول . ويكون ذلك على الصورة الآتية : —

أولاً — الحوالة برضى المحيل والمحال له والمحال عليه .

هذه الصورة تفترض رضى الثلاثة جميعاً . فرضى المحال له لا بدّ منه عند جمهور الفقهاء ، إذ ان الدين حقه وهو ينتقل من ذمة إلى ذمة اخرى ، وان الذمم مختلفة والناس متفاوتون في القضاء والاقتضاء [١] .

وكذلك لا بدّ من رضى المحال عليه في هذه الصورة ، لانه هو الذي يلتزم الدين . ولكن لا يشترط حضوره مجلس الحوالة ، بل يكفي قبوله حين علمه بها [٢] .

وقد نصّت المجلة على هذه الصورة الاولى من الحوالة ، بقولها : « لو قال المحيل لدائنه احلتك على فلان وقبل المحال له والمحال عليه تنعقد الحوالة» (المادة ٦٨٠) .

ثانياً — الحوالة باتفاق المحال له والمحال عليه .

قالت المجلة : « يصحّ عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما . مثلا لو قال أحد لآخر خذ ما لي على فلان من الدين وقدره كذا قرشاً حوالة عليك ، فقال له الآخر قبلت ، أو قال له اقبل الدين الذي لك بذمـــة فلان وقدره كذا قرشاً حوالة عليّ فقبل ،تصحّ الحوالة. حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته » (المادة ٦٨١) .

فهنا اعتبرت المجلة ان رضى المحيل غير ضروري لعقـد الحوالة ، وهو الرأي الحنفي المختار [٣] . ولكن باقي المذاهب لم تقبل بذلك ، بل اشترطت رضى المحيل لانعقاد الحوالة [٤] .

ولا شكّ في ان صُورة الحوالة بدون رضى المحيل نادرة في الواقع . وبرغم ذلك فهي مذكورة في قانون الموجبات اللبناني ، الذي اجاز انتقال دين المديون بالاتفاق

---

(١) الاختيار شرح المختار ، ج ٢ ص ٦٧ .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ص ١٢٩ .

(٣) غنية ذوي الاحكام للشرنبلالي ، بهامش درر الحكام ، ج ٢ ص ٣٠٨ .

(٤) شرح الحطاب (ج ٥ ص ٩٠) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٨) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٨) .

بين الدائن[1] أي المحال له وبين من يأخذ الدين على عاتقه أي المحال عليه (المادة ٢٨٧).

ثالثاً - الحوالة بالاتفاق بين المحيل والمحال له.

ان هذه الحوالة ، التي تحصل بين المحيل والمحال له وحدهما ، تكون في المجلة وفي المذهب الحنفي موقوفة على رضى المحال عليه . فان قبلها بعد العلم بها صحت ونفذت ، والا كانت باطلة (المادة ٦٨٢) . مثاله لو احال زيد عمراً بدينه على بكر الغائب ، ثم قدم الغائب ولم يقبل الحوالة ، فلا تكون هذه الحوالة صحيحة [2] .

اما عند باقي الائمة ، مالك والشافعي في اصح القولين من مذهبه وابن حنبل ، فالحوالة باتفاق المحيل والمحال له بدون رضى المحال عليه صحيحة [3] .

رابعاً - الحوالة بالاتفاق بين المحيل والمحال عليه .

هذه الصورة تنعقد في المجلة وعند الفقهاء ابي حنيفة ومالك والشافعي موقوفة على قبول الدائن المحال له . فاذا قبلها نفذت ، والا بطلت (المادة ٦٨٣) . وبهذا ايضاً اخذ قانون الموجبات اللبناني ، حيث جاء فيه ان انتقال دين المديون يصح بالاتفاق بين المديون اي المحيل وبين من يأخذ الدين على عاتقه أي المحال عليه ، ولكن يبقي مفعول هذا الانتقال موقوفاً كما في المجلة على اجازة الدائن (المادة ٢٨٧) .

ولا ريب في أن اشتراط رضى الدائن المحال له يبرره تفاوت الناس في المعاملة والمماطلة والاقتدار على الدفع . ولكن بعض الفقهاء ، كالامامين ابن حنبل وداود الظاهري ، لم يشترطا قبول الدائن اذا كان المحال عليه مليئاً ، أي انهما قالا بأن من احيل بحقه على مليء فواجب عليه ان يقبل الاحالة [4] .

الاهلية في الحوالة

ينبغي لصحة الحوالة ان يكون كل من المتعاقدين اهلاً لعقدها . وقد رأينا في

---

(١) وردت خطأ في النص العربي « الدائنين » .

(٢) تنقيح الحامدية ، ج ١ ص ٣٤٢ .

(٣) بداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٤٨) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٣٩) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢٧) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٩٠) ، والمغني (ج ٥ ص ٦٠ — ٦١) .

(٤) المحلى (ج ٨ رقم ١٢٢٦) ، والمغني (ج ٥ ص ٦٠) .

قسم بحث العقود اهلية التعاقد بوجه عام وخلاف المذاهب فيها . ونحن لن نعود الى ذلك ، بل نكتفي بتطبيق تلك القواعد في مسألة الحوالة ،على ما اوضحتها مجلة الاحكام العدلية . وهي تتعلق بالمحيل ، والمحال له ، والمحال عليه. واليك بيانها :-

اولا - أهلية المحيل .

لا بدّ لانعقاد الحوالة من ان يكون المحيل عاقلا . فلذا عدّت المجلة حوالة الصغير غير المميز باطلة (المادة ٦٨٤) .

وفوق ذلك، لا بدّ لنفاذ الحوالة بعد انعقادها من ان يكون المحيل بالغاً . بناء عليه ، لا تكون حوالة الصبي المميز نافذة ، بل تبقى موقوفة على اجازة وليّه . فان اجازها نفذت ، وإلا فلا (المادة ٦٨٥) .

ثانياً - اهلية المحال له .

ان المحال له، كالمحيل ، يجب ان يكون عاقلا لاجل انعقاد الحوالة، ويجب ان يكون بالغاً لتكون الحوالة نافذة . فعليه فان قبول الصغير المميز الحوالة لنفسه يكون موقوفاً على اجازة الولي . ولا بدّ فوق اجازة الولي في قبول الحوالة من ان يكون المحال عليه أملأ ، أي اغنى من المحيل (المادة ٦٨٥) .

ثالثاً - اهلية المحال عليه .

ينبغي ان يكون المحال عليه عاقلا وبالغاً ليصح قبوله الحوالة . أي أنه لا يكفي لانعقاد الحوالة ان يكون المحال عليه كالمحيل عاقلا فحسب ، بل يشترط ايضاً ان يكون بالغاً . ويفسر ذلك ان قبول الحوالة من المحال عليه يعدّ من فئة التصرفات التي فيها ضرر محض ، فلا يجوز للقاصر قبولها ولو رضي بذلك وليّه .

فعليه ، لا يصح قبول الحوالة من الصغير ، سواء أكان مميزاً ام غير مميز ام محجوراً ام مأذوناً . واذا قبلها ، فيكون قبوله باطلا (المادة ٦٨٤) . ولكن اذا كان المحال عليه بالغاً وعاقلا ، فيصح قبوله مطلقاً .

شروط المعقود عليه

ان الدين المحال به يجب ان يكون من الديون لا من الاعيان. فالاعيان لا تصح حوالتها في الرأي السائد . وسبب ذلك ان الحوالة نقل حكمي ، فلا تنتقل به

الاعيان ، إذ يتصور فيها النقل الحسي [١] .

ولا بدّ في الدين المحال به من أن يكون معلوماً لا مجهولاً ، وأن يكون مستقراً لازماً . و كذلك اشترط جمهور الفقهاء ان يكون المحال به مماثلاً للدين المحال بسببه في الصفة والمقدار [٢] .

ولكن لم تشترط المجلة ان يكون المحال عليه مديناً للمحيل . فاذن تصح الحوالة ، وان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه [٣] .

وتقسم الحوالة ، لجهة تعجيل المحال به او تأجيله ، الى مبهمة وغير مبهمة . فالمبهمة هي التي لم يبين فيها تعجيل الدين المحال به أو تأجيله . وحكمها انه اذا « كان الدين فيها معجلاً على المحيل تكون حوالة معجلة على المحال عليه ويلزمه الاداء في الحال . وان كان الدين مؤجلاً تكون حوالة مؤجلة ويلزم الاداء بحلول الاجل » (المادة ٦٩٧) .

أما الحوالة غير المبهمة ، فهي التي تعين فيها تأجيل الدين المحال به او تعجيله . وقد كان في هذه الحوالة بين الفقهاء خلاف وتفصيل لا نرى مجالا لبيانه ، بل نكتفي بما جاء فيه عند الحنفيين [٤] . فعند هؤلاء تجوز الحوالة بالدين المؤجل على المؤجل وبالدين الحالّ على الحالّ ، وتجوز حوالة الدين الحالّ على ان يكون مؤجلاً الى أجل معين [٥] .

اثر الحوالة بوجه عام

هل ان الحوالة تنقل الدين المحال به الى المحال له ام انها تنقل اليه حق المطالبة فقط ؟ قال الامام محمد بن الحسن صاحب ابي حنيفة ان الحوالة لا تنقل الا حق

---

(١) شرح الزيلعي على الكنز (ج ٤ ص ١٧١) ، والبحر (ج ٦ ص ٢٤٧) .

(٢) راجع المواد ٦٣٠ و٦٣١ و٦٨٧ — ٦٨٩ من المجلة ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٩٢) ، والقوانين الفقهية (ص ٣٢٧) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨١) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٤ — ٥٧) .

(٣) المادة ٦٨٦ من المجلة ، وتنقيح الحامدية (ج ١ ص ٣٤٣) .

(٤) انظر في باقي المذاهب : القوانين الفقهية في الموضع المذكور ، والمغني (ج ٥ ص ٥٥) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٢٨) .

(٥) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٣٦٨ .

المطالبة ، وان اصل الدين يبقى للمحيل .

الا ان قول هذا الامام بقي فريداً، إذ ان المذهب الحنفي المختار وأئمة المذاهب الباقية ذهبوا الى ان الحوالة تنقل الحق والدين بعينه . وبهذا اخذت المجلة في تعريف الحوالة نفسه الذي قدمناه وفي أحكام الحوالة التي سنأتي على ذكرها[١] .

فاذن ، ان الاصل في الحوالة انها تنقل الدين إلى المحال له من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . ونحن سنشرح ههنا حكم الحوالة في علاقات هؤلاء الاشخاص فيما بينهم جميعاً . فنرى علاقة المحيل بالمحال له ، ثم علاقة المحال له بالمحال عليه ، وأخيراً علاقة المحيل بالمحال عليه .

علاقة المحيل بالمحال له

من مفاعيل الحوالة ان المحيل يبرأ من الدين الذي كان مديناً به للمحال له ، إذ أن هذا قبل بالمحال عليه بديلاً عن مدينه الاصلي . وقد خالف في ذلك الامام زفر من أصحاب أبي حنيفة ، فقال إن المحيل لا يبرأ ولو كانت الحوالة على شخص مليء[٢] . وعلى كل ، فانه يجوز عند غيره أن تكون الحوالة بشرط عدم براءة المحيل ، أي أن يشترط المحال له الضمان على المحيل . فتكون الحوالة عندئذ في حكم الكفالة ، ويكون للمحال له أن يطالب أياً شاء من المحيل والمحال عليه[٣] .

وببراءة ذمة المدين الاصلي تبرأ ذمة كفيله ، لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ، وإذا سقط الاصل سقط الفرع[٤] . وأيضاً إذا أحال الدائن المرتهن أحداً على مدينه الراهن ، فلا يبقى له حق حبس المرهون ولا صلاحية توقيفه (المادة ٦٩٠) . وبكلمة ، فان عقد الرهن يسقط تبعاً لبراءة الراهن الاصيل ، ويتوجب من ثم رد المرهون اليه .

---

(١) انظر البحر (ج ٦ ص ٢٤٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ١٧) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨١ — ١٨٢) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٤) . وانظر ايضاً القوانين الفقهية في الموضع المذكور بشأن احالة القطع .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ص ٤٤٥ — ٤٤٦ .

(٣) المادة ٦٤٩ من المجلة ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٤ ص ١٥٣) .

(٤) المواد ٥٠ و٦٦٢ و٦٩٠ من المجلة .

فاذن بمقتضى المجلة ، الحوالة تبرىء ذمة المحيل ، وتسقط التأمينات العينية والشخصية . وكذلك هو الامر في القانون المدني الالماني (المادة ٤١٨) .

اما قانون الموجبات اللبناني ، فانه اتخذ رأياً وسطاً ،فنص على « ان التأمينات العينية تبقى قائمة بعد انتقال الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، الا اذا وافق المسؤولون على الاتفاق الذي عقد » (المادة ٢٢٨) .

والحاصل ان الاصل في المجلة براءة ذمة المحيل من الدين وملحقاته . ولكن هل لهذا الاصل من مستثنيات ؟ وهل يجوز للمحال له ان يرجع على المحيل ان لم يتمكن من تحصيل دينه من المحال عليه؟ ومتى يجوز ذلك؟ في هذه المسألة اختلفت المذاهب.

فعند الامامين الشافعي وابن حنبل ، لا يحق للمحال له ان يرجع على المحيل بوجه من الوجوه ، لان البراءة عندهما تحصل بصورة مطلقة ، فلا يعود الحق الا بسبب جديد او اذا اشترط المحال له الرجوع . وبهذا الرأي قال الامام مالك مبدئياً ، ولكنه أعطى المحال له حق الرجوع على المحيل اذا غرّه هذا وأحاله بدون علمه على عديم مفلس قبل الاحالة [1] . وذهب أصحاب المذهب الظاهري الى ان الحوالة لا تجوز الا على مليء ، وان اعسار المحال عليه إثر الاحالة لا عبرة به ولا يعطي المحال له من ثم حق الرجوع على المحيل [2] .

اما في المذهب الحنفي فان الحوالة تبرىء المحيل مبدئياً . ولكن للمحال له الرجوع عليه اذا تَوِيَ أي هلك حقه ، اذ ان البراءة في هذا المذهب مقيدة بسلامة حق المحيل كما يتقيد البيع المطلق بسلامة المبيع . فلذا كان فوات وصف السلامة سبباً لفسخ الحوالة .

وقد استند الحنفيون في ذلك الى شرط الملاءة المنصوص عليه في الحديث الشريف « من أحيل على مليء فليتبع » ، والى ما روي عن الخليفة عثمان انه قال في المحال عليه « اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل » ، وقال « لا توى على مال امرىء مسلم » . واستندوا الى ما روي بمعناه عن القاضي شريح ، والى عدم رواية ما يخالف ذلك عن الصحابة ، فكان هذا من ثم اجماعاً منهم .

---

(١) الام (ج ٣ ص ٢٠٣) ، وفتح العزيز (ج ١٠ ص ٣٤٤) ، واعلام الموقعين (ج ٤ ص ٣٢) ، والروض المربع (ج ٢ ص ٦٥) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٤ و ٦١) ، والقوانين الفقهية في الموضع المذكور ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٩٥) ، والروض النضير (ج٣ ص٤٠٩).

(٢) المحلى ، ج ٨ رقم ١٢٢٦ .

ويحصل التوى باتفاق الأئمة الحنفيـــة في حالتين : الاولى ان يجحد المحال عليه الحوالة دون أن يكون للمحال له بينة عليه ، والثانية ان يموت المحال عليه مفلساً . وقد زاد الصاحبان حالة ثالثة ، وهي حكم الحاكم بافلاس المحال عليه حال حياته[١] .

علاقة المحال له بالمحال عليه

ان الدين ينتقل كما اوضحنا من المحيل الى المحال له . فيثبت لهذا حق مطالبـة المحال عليه بالدين المحال به . ولا يبرأ المحال عليه من الدين قِبَلَ المحال له الا باسباب سقوط الديون المعروفة ، أي بالايفاء ، أو الحوالة على آخر ، أو الابراء من الدين ، أو هبة الدين ، أو اتحاد الذمة [٢] .

ولم تأتِ المجلة على بيان أثر الحوالة في أسباب الدفع المتعلقة بالدين أو بشخص المدين . ولكن مدلول ما جاء فيها يؤيد باعتقادنا ما ورد في قانون الموجبات اللبناني بهذا الشأن . ونصه : « ان اسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين تنتقـل من المديون الى من التزم الدين . اما الوسائل المختصة بشخص المديون السابق فـلا يحق للمديون الجديد أن يتذرع بها ، بل يحق له أن يدلي باسباب الدفع ووسائل الدفاع المختصة بشخصه » (المادة ٢٨٩) .

علاقة المحيل بالمحال عليه

قلنا ان المجلة لم تشترط في الحوالة ان يكون للمحيل مال عند المحال عليـــه . فعليه ، تنقسم الحوالة في المجلة من هذه الناحية قسمين : المطلقة والمقيدة .

فالاولى هي التي لم تقيد بان تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليـــه (المادة ٦٧٩) . وحكم هذه الحوالة هو انه اذا لم يكن للمحيل عند المحال عليه دين ، كان للمحال عليه ان يرجع على المحيل بعد الاداء . وإذا كان للمحيل دين على المحال عليه ، فان ما يؤديه المحال عليه يكون تقاصاً بدينه (المادة ٦٩١) .

أما الحوالة المقيدة ، فهي التي قيدت بان تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة

---

(١) المبسوط (ج ٢٠ ص ٥٢) ، والهداية (ج ٣ ص ٨٠) ، والبدائع (ج ٦ ص ١٨) .
(٢) انظر المواد ٦٩٠ و٦٩٩ و ٧٠٠ من المجلة .

المحال عليه أو في يده (المادة ٦٧٨) . ففي هذه الحوالة ينقطع حق المحيل بالمطالبة بالدين المحال به ، ولا يجوز للمحال عليه بعد علمه بالحوالة ان يدفع هذا الدين للمحيل ، وان فعل لزمه ضمانه . واذا توفي المحيل قبل الاداء وكانت ديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء مشاركة المحال له بالدين المحال به [١] .

وتنقسم الحوالة المقيدة بدورها ثلاثة أقسام ، وهي [٢] :-

أولا - الحوالة المقيدة بالدين . وهي التي تقيد بان تدفع من الدين الذي يطلب للمحيل من المحال عليه ، كما في احالة البائع ثمن المبيع الذي له بذمة المشتري .

ثانياً - الحوالة المقيدة بالعين المودعة ، كاحالة المودع المال الموجود بيد المحال عليه أمانة لحسابه .

ثالثاً - الحوالة المقيدة بالعين المضمونة ، كحوالة المال المغصوب الموجود عند المحال عليه .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في المجلة عند هلاك المال المحال به . فاذا كان هذا الهلاك بسبب ظهور مستحق له او بسبب تلف الامانة او ما أشبه ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل . أما اذا كان المال مضموناً في يد المحال عليه كالمال المغصوب ، فان هلاكه لا يبطل الحوالة ، بل يبقى المحال عليه مسؤولا [٣] .

ولا شك في ان الحوالة يجوز ان تكون مقيدة بشرط . مثاله جاء في المجلة : « لو أحال احد دائنه على آخر على ان يبيع مالا معيناً له ويؤدي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح ويجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المحيل من ثمنه » (المادة ٦٩٦) .

اما رجوع المحال عليه على المحيل بمقتضى المجلة ، فانه لا يجوز قبل اداء الدين ابداً . ويجوز بعده ولكنه يكون بجنس المحال به لا بجنس المؤدّى . مثلا « لو احيل عليه بفضة وأعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب . كذلك لو أدّاها باموال وأشياء أخَر فليس له الا أخذ ما أحيل عليه » (المادة ٦٩٨) .

---

(١) المادة ٦٩٢ من المجلة ، ودر مختار ورد محتار (ج ٤ ص ٤٠٧) ، وشرح الحطاب (ج ٥ ص ٩٥) .

(٢) الفتاوى الهندية (ج ٣ ص ٣٦٧) ، ورد المحتار في الموضع المذكور .

(٣) انظر الامثلة والتفصيلات المبينة في المواد ٦٩٣ - ٦٩٥ من المجلة .

الباب الرابع

الموجبات المركبة

الفصل الاول

تعدد الدائنين

الدين غير المشترك

ليست الديون والموجبات جميعاً بسيطة بحيث يكون الدائن واحداً والمدين واحداً . بل انما تكون هذه احياناً مركبة بسبب تعدد الدائنين أو تعدد المدينين .
ونحن نرى تعدد الدائنين في هذا الفصل ، ثم نتبعه بتعدد المدينين في الفصل القادم .

ومتى تعدد الدائنون ، لا تكون علاقتهم فيما بينهم أو علاقتهم بالمدين على وتيرة واحدة . بل ان ذلك يتوقف على نوع الدين أو الموجب ، أي يتوقف على كون هذا الدين مشتركاً أو غير مشترك أو على كونه يحوي تضامناً أو توكيلاً متبادلا بين الدائنين . ولكل من هذه الانواع والاحوال احكام خاصة نوجزها تباعاً ، على ان نحصر بحثنا بوجه خاص في الموجبات التي يكون موضوعها ديناً في الذمة دون باقي انواع الموجبات ، بالنظر لتفرع احكام هذه واختلافها باختلاف العقود والتصرفات والمذاهب [1] .

---

(١) للدكتور شفيق شحاته مصنف بالفرنسية عنوانه :

Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman .

صدر منه الجزء الاول (القاهرة ، ١٩٣٦) ، يحوي بحثاً قيماً في تعدد الموجبات في المذهب الحنفي (رقم ٢٨٦ وما بعده) .

فنبدأ بالدين غير المشترك ، وهو الاصل في الموجبات . وبعبارة اخرى ان كل دين أو موجب لا يدخل في فئة الديون المشتركة أو ديون التضامن يعدّ حتماً ديناً غير مشترك .

وان الدين غير المشترك ، بتعريف المجلة ، هو الدين الذي يكون لدائنين أو أكثر في ذمة مدين واحد ، دون ان ينشأ من سبب واحد (المادة ١٠٩١) .
وأمثلة ذلك عديدة ،نسوق اليك بعضها مأخوذاً من المجلة : —

ففي القرض ، « اذا أقرض اثنان آخر دراهم على طريق الانفراد كل على حدة ، فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركا بين الاثنين ، بل كل واحد دائن على حدة » (المادة ١٠٩٤) .

وايضاً في البيع ، اذا باع اثنان مالهما المشترك مع تفريق حصة كل منهما بتعيين مقدارها او نوعها ، او لو باع كل منهما حصته الشائعة بالانفراد ، فلايكون ثمن المبيع مشتركا بينهما ، بل يصبح كل من البائعين دائناً على حدة . ومثله ، لو باع اثنان مالهما غير المشترك بصفقة واحدة مع تسمية ثمن معلوم لكل من المالين ، صار كل من البائعين دائناً على حدة (المادتان ١٠٩٥ و ١٠٩٦) .

وفي الدين غير المشترك ، يستوفي كل من الدائنين دينه على حدة من المدين . وان ما يقبضه كل واحد منهما يحسب من دينه وليس للدائن الآخر ان يشاركه فيما قبض[١] .

الدين المشترك

ان الدين المشترك هو الدين الذي يكون لاثنين فاكثر في ذمة مدين واحد والذي ينشأ من سبب واحد .

وأمثلة توضح ذلك : اذا بيع مال مشترك دون تعيين حصة كل من الشركاء ، او اذا باع شخصان مالهما غير المشترك بصفقة واحدة وبثمن واحد ، فالبائعان شريكان في الثمن .

---

(١) المادة ١٠٩٩ من المجلة ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٥٧) ، والمغني (ج ٥ ص ١٩٨ — ١٩٩) .

وايضاً ، لو استقرض أحـــد من شخصين مبلغاً مشتركا ، او لو أتلف لهما مالا مشتركا ، فمبلغ القرض او الضمان الذي يلزم ذمـــة المستقرض او المتلف يكون مشتركا بين صاحبي القرض او المال المتلف .

وكذلك يعتبر ديناً مشتركا لاتحاد سببه الدين الذي ينتقل بموت الـــدائن الى ورثته ، والدين الذي يؤديه الكفيلان عن المدين الاصيل او الذي يؤديه المأموران عن الآمر من مالهما المشترك بسبب كفالتهما او بسبب الامر بالدفع [1] .

وان حكم الدين المشترك هو ان لكل من الشركاء ان يطلب ويقبض حصته من المدين . وليس له ان يطلب أو يقبض حصة الآخر الا اذا كان وكيلاً عنه . ولكن له ان يطلب حصة باقي الشركاء ، دون حق قبضها ، اذا كان الدين موروثاً [2] .

وعلى كل ، فان ما يقبضه احد الدائنين من الدين المشترك لا يكون مختصاً به ، بل يكون مشتركاً بينه وبين شريكه ، ولهذا الآخر ان يأخـــذ حصته من المقبوض . وقد قالت المجلة بذلك ، وقال به جمهور الفقهاء ، ما عدا نفراً قليـــلا كأبي العالية وابي قلابة وابن سيرين وابي عبيد وابن حنبل في رواية عنـه . فعند هؤلاء ليس لاحد الشركاء أن يأخذ حقه دون صاحبـه ، وليس للاخر ان يشاركه فيما أخذه . وقال مالك انه اذا سافر احد الشريكين واقتضى دينـــه من المدين الغائب ، فليس للشريك ان يشاركه فيما قبض إذا كان قد عرض السفر معه فأبى .

وان حكم القبض يسري أيضاً على الصلح والاستبدال والاستئجار والمقاصّة . وايضاح ذلك انه اذا صالح احد الشريكين المدين عن حقه منه على شيء وقبضه ، أو إذا اشترى بحصته منه مالاً ، فالدائن مخير إن شاء اجـــاز تصرف شريكه وشاركه فيما قبض ، وإن شاء لم يُجز وطالب المدين بحصته . وفي الحالة الثانية لا يرجع على الدائن القابض الا اذا هلك الدين الباقي عند المدين بافلاسه .

وايضاً ، اذا استأجر احد الشركاء المدين بمقابلة حصته ، أو اخذ منه رهنـــاً وتلف ، أو قبض حصته واستهلكها ، أو اذا اخذ كفيلاً بحصته ، أو احيل بها على شخص آخر ، أو اذا أتلف مال المدين وجرت المقاصّة بحصته ضمـاناً لما اتلف ، ففي

---

(١) انظر في هـــذه الامثلة المواد ١٠٩٢ — ١٠٩٨ من المجلة ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٥ ص ٤٥) ، والبحر (ج ٧ ص ٢٦٠) ، والمغني (ج ٥ ص ١٩٧) .

(٢) انظر المواد ١١٠٠ و ١٦٤٢ من المجلة .

جميع هذه الاحوال يحق للدائن الآخر ان يحاسب شريكه بمقدار ما يصيب حصته هو مما قبض أو من الاجرة أو الرهن أو مما اخذ من الكفيل أو المحال عليه أو مما سقط بالمقاصّة .

ولكن إذا وهب احد الشريكين حصته الى المدين ، أو ابرأ ذمته منها ، أو حصلت المقاصّة بين حصته من الدين وبين دين توجب بذمته نحو المدين قبل الدين المشترك ، أو اذا قبض حصته وتلفت في يده بدون تعدّ منه ، فلا يضمن هذا الشريك حصة الآخر ، بل يكون لهذا ما بقي في ذمة المدين من الدين المشترك .

ونصّت المجلة على انه : « ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك بلا اذن الآخر » (المادة ١١١٢) . وهذا المنع جاء مطلقاً يشمل تأخير احد الدائنين حصته ايضاً . وهو رأي الامام ابي حنيفة . اما ابو يوسف وجمهور أئمة المذاهب ، فقالوا بان لأحد الدائنين الشريكين تأجيل حصته من الدين المشترك . وبهذا أيضاً قال الامام محمد بن الحسن كما ذكر السرخسي وصاحب العناية وغيرهما ، خلافاً لما ورد في الهداية [١] .

وأخيراً ، « إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص ، ثم جاء أحد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع ، فان كانت الوديعة من المثليات أعطاه المستودع حصته ، وإن كانت من القيميات لا يعطيه إياها » (المادة ٧٩٦) .

تضامن الدائنين

ان الاصل ، كما قلنا ، انه اذا تعدد الدائنون فكل لا يطالب الا بحصته ، وليس للمدين أن يدفع لكل منهم الا حصته .

(١) راجع فيما ذكرنا : المواد ١١٠١ — ١١١٢ من المجلة ، والمبسوط (ج ٢١ ص ٣٧ — ٤٣) ، والهداية (ج ٣ ص ١٦٠ — ١٦١) ، وفتح القدير وبهامشه العناية (ج ٧ ص ٤٦ — ٥٧) ، والبدائع (ج ٧ ص ٦٥ وما بعدها) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٥ ص ٤٥ — ٤٨) ، والبحر (ج ٧ ص ٢٦٠) ، والفتاوى البزازية (ج ٣ ص ٢١١ بهامش الهندية) ، ودرر الحكام (ج ٢ ص ٤٠٢) ، والدر المختار (ج ٢ ص ٤٤٣) ، ورد المحتار (ج ٤ ص ٦٦٢) ، وتنقيح الحامدية (ج ٢ ص ٢٥٧) ، والمغني (ج ٥ ص ١٩٧ — ١٩٩) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٦٠ — ٦١) .

على أن لهذا الاصل مستثنيات يكون فيها التضامن بين الدائنين ،بمعنى أن لكل من هؤلاء أن يطالب بكامل الدين وأن للمدين أن يدفع الدين الى أي كان منهم[١].

وأهم هذه المستثنيات تكون في بعض أنواع الشركات والوكالة . ولا شك في اننا لسنا في معرض يسمح لنا ببيان أنواع الشركات المختلفة وتعريفها وأحكامها وخلاف المذاهب فيها . ولكننا نكتفي الآن ببيان الشركات التي يكون فيها التضامن بين الشركاء الدائنين ، على أن نبين في الفصل القادم تضامن هؤلاء الشركاء اذا كانوا مدينين ايضاً . واليك ايضاح المستثنيات : —

اولا — الوكالة .

معلوم انه يجوز للمرء أن يوكل غيره في استيفاء حقوقه وقبض ديونه[٢]. فعليه اذا وكل أحد الدائنين الآخر بقبض حصته من الدين، سواء أكان مشتركاً أم لم يكن، صح هذا التوكيل وجاز للدائن الوكيل أن يقبض حصة شريكه وجاز للمدين ان يدفع لهذا الوكيل كامل الدين الذي هو له وللموكل معاً .

ثانياً — شركة المفاوضة في الاموال .

هذه الشركة هي الشركة المعقودة بين اثنين أو أكثر على أن تكون بينهم « شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل منهم أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق » .

وشركة المفاوضة جائزة في المذهب الحنفي بشرط أن يتساوى الشركاء مساواة تامة في رأس المال والربح . وهي جائزة في المذهب المالكي بدون شرط التساوي في رأس المال . أما عند الامامين الشافعي وابن حنبل ، فهذه الشركة باطلة .

ثالثاً — شركة الاعمال .

وتسمى أيضاً شركة الابدان أو الصنائع أو التقبل . وهي شركة رأس مالها عمل الشركاء الذين يتقبلون العمل أو الصنعة ويقتسمون الكسب الحاصل . وهي باطلة في المذهبين الشافعي والظاهري ، وجائزة في باقي المذاهب مع خلاف في بعض شروطها . فعند ابي حنيفة ، لا تجوز هذه الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما أشبه ، خلافاً لمالك وابن حنبل . واشترط مالك وابن حنبل في احدى الروايتين

---

(١) انظر احكام تضامن الدائنين في قانون الموجبات اللبناني ، في المواد ١١ — ٢٢ .

(٢) المادة ١٤٥٩ من المجلة .

عنه اتحاد العمل والمكان ، خلافاً لابي حنيفة . وهكذا .

رابعاً — شركة المفاوضة في الوجوه .

وهي الشركة المعقودة بدون رأس مال لاجل البيع والشراء بجاه الشركاء وثقة التجار بهم على أن يقتسموا الارباح ويكون كل منهم كفيل الآخر . فهذه الشركة لا تجوز عند مالك والشافعي ، وتجوز عند ابي حنيفة وابن حنبل .

والمهم انه في المذاهب التي قالت بصحة هذه الانواع الثلاثة من الشركة ، يجوز لكل من الشركاء أن يستوفي كامل الدين أو الحقّ الذي يجب للشركة ، ويجوز للمدين أن يبرأ من الدين بدفعه الى أحدهم . مثاله ، نصت المجلة في شركة الاعمال على « انه يجوز لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بتمام الاجر ، وإذا دفعه المستأجر أيضاً الى أي منهما برىء » (المادة ١٣٨٨) .

ولا ريب في ان لكل من الشركاء ان يطالب الآخر بحصته من الدين المقبوض ، وان يغرمه حصته من الخسارة التي تحملها . اما تعيين هذه الحصة فهي مختلفة باختلاف انواع الشركة وباختلاف المذاهب ، ولا نرى مجالا لتفصيله .

ويستند تضامن الدائنين في الحالة الاولى الى الوكالة الصريحة ، وفي الاحوال الاخرى الى الوكالة الضمنية المستنتجة من ماهية عقد الشركة[1] . وشبيه بهذا التعليل ما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني من ان الدائن المتضامن « يعدّ مفوضاً من قبل سائر الدائنين في المحافظة على القسم الذي يجاوز مبلغ حصته وفي استيفائه من المديونين » (المادة ١١) .

---

(١) انظر في مسائل الشركة التي قدمنا : المجلة (المواد ١٣٣١ و١٣٣٢ و١٣٦٠ و ١٣٨٨ و ١٣٩٠ و ١٣٩٢) ، والمبسوط (ج ١١ ص ١٧٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ٦٨ — ٧٧) ، والهداية (ج ٣ ص ٢ — ٩) ، وفتح القدير (ج ٥ ص ٦ و ٢٨) ، والقوانين الفقهية (ص ٢٨٣ — ٢٨٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢١٠ — ٢١١) ، وشرح الخرشي (ج ٥ ص ٢٥٨ — ٢٧٠) ، والوجيز (ج ١ ص ١٨٦ — ١٨٧) ، والمهذب (ج ١ ص ٣٤٧ — ٣٤٨) ، ومنهاج الطالبين (ص ٥٣ — ٥٤) ، والمغني (ج ٥ ص ١١١ — ١٢٢) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٣٦٥ — ٣٦٧) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٢٣٧ — ١٢٣٨) .

الفصل الثاني

تعـــدد المدينين

الديون العادية

إن الاصل في الديون عند تعدد المدينين عدم التضامن بينهم . فكل مـدين لا يسأل مبدئياً الا عما يعود عليه من الدين . ونحن نسوق ههنا بعض الامثلة مقتطفة من المجلة بوجه خاص : —

اولا — في البيع

قالت المجلة : « اذا باع احد مالا لاثنين ، فيطالب كل واحد منهما بحصته عـلى حدة . ولا يطلب دين احدهما من الآخر ما لم يكن أحـــد المشتريين كفيلا للآخر »[1] .

ثانياً — في الاجارة .

« يجوز ايجار شيء واحد لشخصين . وكل منهما لو أعطى من الاجرة مقدار مـا ترتب على حصته ، لم يطالب باجرة حصة الآخر ما لم يكن كفيلا له »(المادة ٤٣٢) .

ثالثاً — في شركة العنان .

وهي الشركة التي لا يكون فيها احد الشركاء مفوضاً عن الباقين بدون اذنه . ففي هذه الشركة ، لا يطالب بالدين او بالالتزام الا الشريك الذي التزمــه . مثلا ، لو اشترى أحد الشريكين شيئاً للشركة طولب هو بثمنه دون الآخر[2] .

---

(١) المادة ١١١٣ . انظر ايضاً قواعد ابن رجب ، القاعدة ١١٥ ص ٦٣ .

(٢) انظر المادة ١٣٧٧ من المجلة ، والهداية (ج ٣ ص ٦) .

رابعاً ـ الحائط المائل .

قدّمنا في قسم التصرفات الفعلية انه اذا كان الحائط المائل مشتركاً بين عدة مالكين وتقدّم التنبيه الى أحدهم ، ثم تلف بوقوع الحائط شيء ، فالرأي السائد يضمّن من طولب بالنقض وحده بحصة نصيبه مما احدثه الحائط ، ولا يسأل هذا عن حصة الآخرين ، وكذلك يسأل صاحب الحائط عند الامام الشافعي بدون تنبيه ايضاً [1] .

تضامن المدينين

ان للاصل الذي ذكرنا مستثنيات يكون فيها كل من المدينين المتعددين ملزماً بكامل الدين نحو الدائن ، ويكون لهذا الدائن ان يطالب اياً شاء من المدينين الضامنين بكامل دينه .

واليك أهم امثلة هذه المستثنيات : ـ

اولا ـ الكفالة العادية .

نصت المجلة على ان الدائن او « الطالب مخير في المطالبة . ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته احدهما له ان يطالب الآخر ، ويطالبهما معاً » (المادة ٦٤٤) .

ولا يحق للكفيل ان يطلب من الدائن مطالبة الاصيل اولا ، الا اذا كانت كفالته معلقة بشرط عدم الدفع من قبل المكفول ، فحينئذ لا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الاصيل (المادة ٦٣٦) . وهذا ، كما ترى ، مخالف لما جاء في قانون الموجبات اللبناني من ان للكفيل مبدئياً ان يطلب من الدائن مقاضاة المدين الاصلي اولا (الماة ١٠٧٢) .

وان التضامن الناشيء عن الكفالة له أحكام خاصة بهذا العقد ، ولا يسمح المجال هنا بتفصيلها .

---

(١) المبسوط (ج ٢٧ ص ١٠) ، وشرح الزيلعي على الكنز (ج ٦ ص ١٤٨) ، وفتح القدير (ج ٨ ص ٣٤٣) ، والمغني (ج ٥ ص ٥٧١ ـ ٥٧٤) . انظر ايضاً الجزء الاول من هذا الكتاب ، ص ٢٤٨ .

ثانياً – في الرهن .

في حالة الرهن الواحد الذي يأخذه الدائن في مقابلة الدين الذي له بذمة اثنين ، يجوز للدائن ان يحبس الرهن حتى يستوفي جميع ماله من الدين بذمتهما[1] .

فاذن في هذه الحالة ، اذا رغب احد المدينين في فك الرهن ، فعليه ان يدفع دينه ودين المدين الآخر . واذا دفع دين هـذا الآخر لأجل فك الرهن لم يكن متبرعاً بالدفع ، بل له هو أيضاً ان يحبس الرهن حتى يستوفي ما دفعه عن شريكه الى الدائن[2] .

ثالثاً – التزام التضامن .

لا ريب في ان المدينين المتعددين يقبلون احياناً بالتضامن بمعنى انهم يلتزمون ذلك بالعقد ، فيكون كل منهما كفيلاً عن الآخر . فعندئذ ، للدائن ان يطالب كلا منهم بمجموع الدين . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء ، خـلافاً لابن شبرمة وداود الظاهري . فعندهما لا يجوز هذا التكفل ابداً .

ومثل من هذا التكفل : اذا كان على اثنين دين من جهة واحدة ، كالاجارة والشراء ، وقد كفل كل عن صاحبه ، يطالب كل منهما بمجموع الدين[3] .

وإذا أدى احدهما شيئاً من الدين ، فهل يرجع به على شريكه ، ومـتى ؟ في المذهب الحنفي ، لا يحق لاحد المدينين الذي دفع شيئاً الى الدائن أن يرجع على شريكه بشيء مما دفع حتى يزيد المدفوع على النصف ، فيرجع بالزيادة فقط . أما عند باقي الائمة ، فانه يرجع بنصف ما أدى[4] .

رابعاً – تعدد الكفلاء .

عند تعدد الكفلاء ، يُطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ، ولا يسأل عن مجموع الدين الا اذا كانت كفالة كل منهم على حدة أو اذا كفل كل منهم المبلـغ

---

(١) المادتان ٧٢١ و ٧٤٠ من المجلة ، والفتاوى الخانية (ج ٣ ص ٦٦٠ بهامش الهندية) .

(٢) الخانية ، ج ٣ ص ٦٦١ .

(٣) المواد ٤٣٢ و ١١١٣ و ٦٤٦ من المجلة .

(٤) الهداية (ج ٣ ص ٧٨) ، وفتح القـدير (ج ٥ ص ٤٣٦) ، والجامع الصغير لمحمد بن الحسن (بهامش الخراج ص ٨٩) ، والقوانين الفقهية ، (ص ٣٢٦) ، والمغني (ج ٥ ص ٩٢) ، والمحلى (، ج ٨ رقم ١٢٣٣ – ١٢٣٤) ، ومرشد الحيران (المواد ١٩٠ – ١٩٤) ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٢٣ وما بعدها) .

الذي لزم في ذمة الآخر . وبهذا قالت المجلة (المادة ٦٤٧) ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١٠٧٥) ، وجمهور الفقهاء المسلمين ما عدا ابن شبرمة وداود الظاهري كما قدمنا .

وعند جمهور الفقهاء ، اذا أدّى أحد الكفلاء شيئاً ، فهو بالخيار ، ان شاء رجع على الكفيل الآخر بنصف المؤدّى ، وان شاء رجع بالجميع على المدين الاصلي المكفول عنه . واذا ابرأ الدائن احد الكفيلين ، فان لهذا الدائن ان يرجع على الكفيل الآخر بجميع الدين [١] .

خامساً – الشركة .

في انواع الشركة التي ذكرناها، وهي المفاوضة في الاموال وشركة الاعمال ومفاوضة شركة الوجوه ، يعتبر الشركاء في المذاهب التي جوّزت هذه الشركات متكافلين متضامنين ، وللدائن ان يطالب أيّاً شاء منهم بجميع الدين .

ومتى أدّى أحد الشركاء دين الشركة ، فانه في المذهب الحنفي لا يرجع على باقي الشركاء الا اذا ادّى أكثر مما يصيبه من الدين . ومثله في شركة العمل ، للمستأجر ان يطلب ايفاء العمل الذي تقبله احد الشريكين من ايهما اراد . وكذلك ينفذ اقرار احد الشريكين في حق نفسه وفي حق شريكه ايضاً .

وللشريك الذي دفع او عمل شيئاً عن الآخر او خسر شيئاً بسبب الشركة ان يرجع على شريكه بنصيبه ، على ما اوضحنا في التزام التضامن آنفاً [٢] .

سادساً – التضامن في التصرفات الفعلية .

إن الاصل ، كما ذكرنا في التصرفات الفعلية ، إن التضامن لا يكون بين المجرمين المتعددين . ولكن لهذا الاصل مستثنيات ، اهمها ما رأيناه في باب الغصب .

---

(١) انظر المراجع المذكورة آنفاً ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١١٣ ص ٢٥٤) ، واختلاف الفقهاء للطبري (ج ٢ ص ٢٠ – ٢١) ، والمغني (ج ٥ ص ٨٥) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٤٧ – ٢٤٩) .

(٢) راجع الجامع الصغير لمحمد بن الحسن في الموضع المذكور ، والمبسوط (ج ١١ ص ١٧٤) ، والبدائع (ج ٦ ص ٧٢ – ٧٧) ، والهداية (ج ٣ ص ٢ – ٨ و ٧٨) ، وشرح الخرشي (ج ٤ ص ٢٦١ و ٢٦٩ – ٢٧٠) ، والمغني (ج ٥ ص ١١٤ و ١٣٨) ، والروض النضير (ج ٣ ص ٣٦٧) ، والمجلة (المواد ١٣٥٦ و ١٣٥٩ و ١٣٨٧ و ١٣٦٠ و ١٣٩٢ و ١٣٩٣) .

وهو ان الشيء المغصوب إذا تلف في يد شخص آخر غير الغاصب أو في يد غاصب الغاصب ، فصاحبه مخيّر ، إن شاء ضمّن قيمته الغاصب الاول ، وإن شاء ضمّنها الغاصب الثاني أو المتلف . وفي حالة تضمين الاول ، يرجع هذا على الثاني بما دفعه ، ولا يعكس [١] .

وايضاً في بعض المذاهب ، كالمذهب المالكي مثلاً ، اذا تلفت الثمار بفعل الجيش ، فان الواحد من افراده يسأل عن فعل الجميع ، لان هؤلاء كالكفلاء عن بعضهم بعضاً [٢] . وكذلك اذا تعدد السارقون او الغاصبون او المحاربون « فكل واحد منهم ضامن لجميع ما اخذوه ، لان بعضهم قوي ببعض » [٣] .

وفي هذه المسألة ، نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه : « اذا نشأ الضرر عن عدة اشخاص ، فالتضامن السلبي يكون موجوداً بينهم :

« اولاً – اذا كان هناك اشتراك في العمل .

« ثانياً – اذا كان من المستحيل تعيين نسبة ما احدثه كل شخص من ذلك الضرر » (المادة ١٣٧) .

انتهى

(١) المادتان ٩١٠ و ٩١٢ من المجلة ، والبدائع (ج ٧ ص ١٦٥) ، والبهجة شرح التحفة (ج ٢ ص ٣٥١) .

(٢) البهجة ، ج ٢ ص ٣٣ .

(٣) شرح الحطاب ، ج ٦ ص ٣١٦ – ٣١٧ .

[illegible]

الشركة، إلا إذا أقر بأكثر مما يصيبه من الدين . ومثله في شركة العنان [illegible]
أن يطلب إبطال الفعل الذي فعله أحد الشريكين من أيها أراد . وكذلك [illegible]
إقرار أحد الشريكين في حق نفسه وفي حق شريكه أيضاً .

والشريك الذي دفع أو حل شيئاً عن الآخر أو خسر شيئاً بسبب الشركة أن يرجع على شريكه بحصته، على ما أوضحنا في أحكام التضامن آنفاً .

سادساً — التضامن في التصرفات الفعلية :

إن الأصل، كما ذكرنا في التصرفات الفعلية، إن التضامن لا يكون بين الفريقين المتعددين، ولكن لهذا الأصل استثناءات، أهمها ما رأيناه في باب الغصب.

---

(١) انظر المراجع المذكورة آنفاً، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٣٣ ص ٢٤٥ [illegible]) [illegible] على سيدي خليل (ج ٤ ص ٢٤٧ — ٢٤٩).

(٢) [illegible]

اهم المراجع العربية (١)

مرتبة بحسب اسماء المؤلفين على حروف الهجاء

١ ـ القرآن الكريم والسنة

ابن القيم الجوزية ـ زاد المعاد في هدي خير العباد، مصر، ١٩٣٤، اربعة اجزاء.

ابن حنبل (احمد) ـ مسنده، المطبعة الميمنية، ١٣١٣ هـ، ستة اجزاء.

ابن حجر العسقلاني ـ بلوغ المرام من أدلة الاحكام، القاهرة، ١٣٤٧ هـ.

ابن مطرف الكناني ـ تفسير القرطين، أو كتابي مشكل القرآن وغريبه لابن قتيبة، مصر، ١٣٥٥ هـ، جزءان.

ابو النصر (هبة الله بن سلامة) ـ الناسخ والمنسوخ، بهامش اسباب النزول للواحدي.

ابو داود السجستاني (سليمان) ـ السنن، مطبعة مصطفى محمد، اربعة اجزاء.

البخاري ـ الجامع الصحيح، مطبعة الحلبي، مصر، تسعة اجزاء.

البغوي (حسين بن مسعود) ـ مصابيح السنة، مطبعة صبيح، مصر، جزءان.

الترمذي ـ السنن، مطبعة الحلبي، مصر.

الرازي (فخر الدين) ـ مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، مصر، ١٣٢٤هـ، ثمانية اجزاء.

رضا (محمد رشيد) ـ تفسير المنار، مطبعة المنار، مصر.

الزرقاني ـ شرح الموطأ، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٩٣٦، اربعة اجزاء.

الزمخشري (محمود) ـ تفسير الكشاف، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٣٥٤ هـ، اربعة اجزاء.

---

(١) عدا المصادر الاخرى، لا سيما القوانين والمجلات والقرارات، التي ذكرت عرضاً في هوامش الكتاب.

السيوطي – تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مصر ، ١٣٤٨هـ، جزءان.
السيوطي – الجامع الصغير من حديث البشير النذير ،مطبعة مصطفى محمد، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .
السيوطي – الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير، جمع النبهاني ، ١٣٥٠هـ، ثلاثة اجزاء .
السيوطي – اللآلئ المصنوعة في الاحاديث الموضوعة ، المطبعة الحسينية المصرية ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .
الشافعي – اختلاف الحديث ومسند الشافعي ، بهامش كتاب الام .
الشوكاني (محمد) – نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار، طبع الحلبي بمصر، ١٣٤٧ هـ ، ثمانية اجزاء .
الطبري (محمد بن جرير) – جامع البيان في تفسير القرآن، مصر، ١٣٢١هـ، ثلاثون جزءاً.
العيني (بدر الدين) – عمدة القاري شرح صحيح البخاري، المطبعة المنيرية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، ٢٥ جزءاً .
المحلي (جلال الدين) والسيوطي – تفسير الجلالين ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان[1] .
مسلم – صحيح الامام مسلم ، طبعة صبيح ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ، ثمانية أجزاء .
النسائي – السنن بشرح السيوطي ، المطبعة المصرية ، مصر ، ١٩٣٠ ، ثمانية أجزاء .
النووي (محيي الدين) – شرح صحيح مسلم ، مطبعة حجازي بالقاهرة ، ١٣٤٩ هـ ، ١٨ جزءاً .
الواحدي النيسابوري (ابو الحسن علي) – أسباب النزول، مطبعة هندية، مصر، ١٣١٥ .

٢ – علم الاصول

الآمدي (سيف الدين) – الاحكام في اصول الاحكام ، مطبعة صبيح ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثلاثة أجزاء .

---

(١) هذه هي الطبعة التي اعتمدناها في بيان ارقام الآيات الكريمة الواردة في هذا الكتاب .

الآمدي – منتهى السول في علم الاصول ، طبع صبيح ، مصر .

ابن حزم – الاحكام لاصول الاحكام ، مطبعة السعادة، مصر ، ١٣٤٥ – ١٣٤٨ ه ، ثمانية أجزاء .

ابن حزم – رسالة النبذ في الفقه الظاهري، مطبعة الانوار، مصر، ١٣٦٠ه .

ابن عبد السلام (عز الدين) – قواعد الاحكام في مصالح الانام ، المكتبة الحسينية ، مصر ، ١٩٣٤ ، جزءان .

ابن ملك – شرح المنار ، الاستانة ، ١٣١٤ ه .

الاسنوي – نهاية السول شرح منهاج الوصول، طبع مع منهاج البيضاوي.

البيضاوي – منهاج الوصول الى علم الاصول ، مطبعة التوفيق ، مصر ، ثلاثة أجزاء .

الخادمي (ابو سعيد) – مجامع الحقائق ، طبع مع شرحه منافع الدقائق ، الاستانة ، ١٣٠٨ ه .

الخضري (الشيخ محمد) – اصول الفقه ، الطبعة الثانية ، مصر ، ١٩٣٣ .

السبكي (تقي الدين وتاج الدين) – الابهاج شرح المنهاج ، طبع مع شرح الاسنوي .

السبكي (تاج الدين) – جمع الجوامع ، مع شرح المحلي وحاشية البناني ، مصر ، ١٣٥٤ ه ، جزءان .

الشاطبي (ابو اسحق) – الاعتصام ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٣٢ ه ، جزءان .

الشاطبي – الموافقات في اصول الشريعة ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، أربعة أجزاء .

الشافعي – الرسالة في علم الاصول ، المطبعة العلمية ، مصر ، ١٣١٢ ه .

العيني (زين الدين عبد الرحمن) – شرح المنار ، بهامش شرح ابن ملك .

الغزالي (ابو حامد) – المستصفى من علم الاصول ، مصر ، ١٩٣٧ ، جزءان .

الكوز لحصاري (مصطفى) – منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق ، الاستانة ، ١٣٠٨ ه .

المحلي (الجلال) – شرح جمع الجوامع للسبكي ، مع حاشية البناني .

النسفي (حافظ الدين) – منار الانوار ، طبع مع شرحه لابن ملك .

٣ ـ فقه حنفي

ابن البزاز ـ الفتاوى البزازية أو الجامع الوجيز ، بهامش الفتاوى الهندية .

ابن الشحنة (ابرهيم محمد) ـ لسان الحكام ، بهامش معين الحكام للطرابلسي .

ابن عابدين (محمد أمين) ـ رد المحتار على الدر المختار ، دار السعادة ، ١٣٢٤ ھ ، خمسة اجزاء .

ابن عابدين (محمد أمين) ـ حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، بهامش البحر لابن نجيم .

ابن عابدين (محمد أمين) ـ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، طبعة ١٢٧٨ ھ ، جزءان .

ابن عابدين (محمد علاء الدين) ـ قرة عيون الاخيار تكملة رد المحتار ، دار السعادة ، ١٣٢٧ ھ ، جزءان .

ابن قاضي سماوه أو سماونه (محمود بن اسماعيل) ـ جامع الفصولين ، المطبعة الازهرية ، مصر ، ١٣٠٠ ھ ، جزءان .

ابن نجيم (أحمد بن زين العابدين) ـ الرسائل ، بآخر غمز عيون البصائر للحموي .

ابن نجيم (زين العابدين) ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مصر ، ١٣٣٤ ھ ، ثمانية اجزاء .

ابن نجيم (زين العابدين) ـ الاشباه والنظائر ، المطبعة الحسينية المصرية ، ١٣٢٢ ھ .

ابن الهمام (كمال الدين) ـ فتح القدير شرح الهداية ، بولاق ، ١٣١٥ ـ ١٣١٨ ھ ، ثمانية اجزاء .

ابن وهبان ـ منظومة الوهبانية ، بهامش المحبية ، ١٢٩٦ ھ .

الابياني (محمد زيد) ـ شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مصر ، ١٩٢٠ ، ثلاثة أجزاء .

الابياني والسنجلفي ـ شرح مرشد الحيران ، مصر ، ١٩٠٨ .

الاتاسي (محمد خالد ومحمد طاهر) ـ شرح المجلة ، حمص ، ١٩٣٠ ـ ٣٧ ، ستة أجزاء .

آصاف (يوسف) ـ مرآة المجلة ، مصر ، ١٨٩٤ ، جزءان .

الانقروي ـ الفتاوى الانقروية ، طبعة بولاق ، ١٢٨١ ھ ، جزءان .

باز (سليم رستم) - شرح مجلة الاحكام العدلية ، بيروت ، ١٩٢٣ .
البابرتي (محمد بن محمود) - شرح العناية على الهداية ، بهامش فتح القدير .
البستاني (مخايل عبد) - مرجع الطلاب ، بيروت ، ١٩١٤ .
البغدادي (ابو محمد بن غانم) - مجمع الضمانات ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ١٣٠٨ هـ .
البكري (المنلا فضيل الجمالي) - آداب الاوصياء ، بهامش جامع الفصولين .
الجرجاني (الشريف) - شرح السراجية في علم الفرائض ، طبع صبيح ، مصر .
الجمالي (علي) - فتاوى علي افندي ، طبع الحاج محرم البوسنوي ، ١٣٠٥ هـ ، جزءان .
الحصكفي او العلائي (محمد علاء الدين) - تنوير الابصار وشرحه الدر المختار ، مطبعة الواعظ ، مصر ، جزءان.
الحصكفي - الدر المنتقى شرح الملتقى ، بهامش مجمع الانهر .
الحلبي (ابرهيم) - ملتقى الابحر ، طبع مع شرحه مجمع الانهر .
الحموي (احمد بن محمد) - غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الطباعة العامرة ، ١٢٩٠ هـ ، جزءان .
الخصاف - كتاب احكام الاوقاف ، مصر ، ١٩٠٤ .
الخصاف - كتاب الحيل ، القاهرة ، ١٣١٤ هـ .
داماد افندي (محمد بن سليمان) - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ، دار الطباعة العامرة ، ١٣٢٨ هـ ، جزءان .
الرملي (خير الدين المنيف) - الفتاوى الخيرية ، دار السعادة ، ١٣١١ هـ .
الرملي - اللآلي الدرية في الفوائد الخيرية ، بذيل جامع الفصولين .
الزيلعي (عثمان بن علي) - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، بولاق ، ١٣١٣ - ١٥ هـ ، ستة اجزاء .
السرخسي (شمس الدين) - المبسوط شرح الكافي ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٣١ هـ ، ثلاثون جزءاً .
السمرقندي (ابو الفتح محمد الاستروشني) - جامع احكام الصغار ، بهامش جامع الفصولين .
الشرنبلالي (حسن بن عمار) - غنية ذوي الاحكام ، بهامش درر الحكام .

الشلبي (شهاب الدين احمد) – حاشيته على شرح الزيلعي على الكنز ، بهامش الزيلعي .
الشيباني (محمد بن الحسن) – الجامع الصغير ، بهامش كتاب الخراج لابي يوسف ، طبعة بولاق .
الشيباني – الجامع الكبير ، مطبعة الاستقامة ، ١٣٥٦ هـ .
الطرابلسي (برهان الدين ابرهيم بن موسى) – الاسعاف في احكام الاوقاف ، مصر ، ١٩٠٢ .
الطرابلسي (علاء الدين) – معين الحكام ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣١٠ هـ .
الطرسوسي (نجم الدين ابرهيم) – أنفع الوسائل الى تحرير المسائل ، المعروف بالفتاوى الطرسوسية ، مصر ، ١٩٢٦ .
الطوري (محمد) – تكملة البحر الرائق لابن نجيم ، الجزء الثامن .
عالمكير – الفتاوى الهندية او العالمكيرية ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ستة اجزاء .
العباسي (محمد المهدي) – الفتاوى المهدية ، مصر ، ١٣٠١ هـ ، سبعة اجزاء .
علي حيدر – شرح المجلة ، نقله عن التركية فهمي الحسيني ، غزة وغيرها ، ١٩٢٥ – ٣٦ ، ١٦ جزءاً .
الغزي (محمد سعيد مراد) – شرح المجلة ، المطبعة البطريركية ، ١٣٣٨ هـ .
قاضي زاده (احمد بن قودر) – نتائج الافكار تتمة فتح القدير ، ج ٧ و ٨ .
قاضيخان (محمود الاوزجندي) – الفتاوى الخانية ، بهامش الهندية .
قدري باشا (محمد) – قانون الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مصر .
قدري باشا – قانون مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، مصر .
قدري باشا – قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف ، مصر .
الكاساني (علاء الدين) – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر ، ١٣٢٧ – ٢٨ هـ ، سبعة اجزاء .
كسبار (الياس) – التتمة الفقهية ، بيروت ، ١٩١٢ .
المرغيناني (برهان الدين) – الهداية شرح بداية المبتدي ، المطبعة الخيرية ، ١٣٢٦ – ٢٧ هـ ، اربعة اجزاء .
المحاسني (محمد سعيد) – شرح المجلة ، دمشق ، ١٩٢٧ ، ثلاثة اجزاء .

مسعود افندي -- مرآة مجله ، احكام عدليه ، الاستانة ، ١٢٩٩ هـ .
الموصلي (عبدالله) - المختار وشرحه الاختيار ، مطبعة حجازي ، مصر ، جزءان .
المواويني (نجيب) - جامع الأدلة على مواد المجلة ، الحدث لبنان ، ١٩٠٥ .

٤ ـ فقه مالكي

ابن جزيّ - القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، فاس ، ١٩٣٥ .
ابن سلمون الكناني - العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون .
ابن عاصم - تحفة الحكام ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٥٥ هـ ، جزءان .
ابن فرحون (ابراهيم بن محمد) - تبصرة الحكام ، مصر ، ١٣٠٢ هـ ، جزءان .
التاودي (ابو عبد الله محمد) - حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم ، بهامش البهجة للتسولي .
التسولي (ابوالحسن) - البهجة في شرح التحفة ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ١٣٥٥ هـ ، جزءان .
الحطاب (ابوعبدالله) - مواهب الجليل شرح سيدي خليل ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٨ - ٢٩ ، ستة اجزاء .
الخرشي (عبدالله) - شرح مختصر سيدي خليل ، المطبعة العامرة ، مصر ، ١٣١٦ - ١٧ هـ ، خمسة اجزاء .
خليل (سيدي) - المختصر ، مصر ، ١٩٣١ .
العدوي - حاشيته على شرح الخرشي ، بهامش الخرشي .
مالك (الامام) - المدوّنة الكبرى برواية سحنون ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ١٦ جزءاً .
الموّاق - التاج والاكليل لمختصر خليل ، طابع بهامش الحطاب .

٥ ـ فقه شافعي

ابن قاسم الغزي - شرح متن الغاية والتقريب لابي شجاع ، بهامش حاشية البيجوري .

البصير (ابو الفضل ولي الدين) - النهاية شرح الغاية والتقريب لابي شجاع ، مصر ، مطبعة حجازي ، ثلاثة اجزاء .

البيجوري (ابراهيم) - حاشية على شرح ابن قاسم على متن ابي شجاع ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزءان .

الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ، طبع بذيل كتاب المجموع للنووي .

السبكي (تقي الدين) - الفتاوى ، مصر ، ١٣٥٥ - ١٣٥٦ هـ ، جزءان .

السيوطي - الاشباه والنظائر ، مطبعة مصطفى محمد ، ١٩٣٦ .

الشافعي - كتاب الام ، بولاق ، ١٣٢٥ هـ ، سبعة اجزاء .

الشيرازي (ابو اسحاق) - المهذب ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزءان .

الغزالي - الوجيز ، مطبعة المؤيد والآداب ، مصر ، ١٣١٧ هـ ، جزءان .

المزني - المختصر ، طبع بهامش الام .

النووي - المجموع شرح المهذب وتكملته لتقي الدين السبكي ، مصر ، ١٣٤٤ - ٥٣ هـ ، المطبوع ١٢ جزءاً .

النووي - منهاج الطالبين ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ١٣١٩ هـ .

٦ - فقه حنبلي

ابن القيم الجوزية - اعلام الموقعين عن رب العالمين ، المطبعة المنيرية ، اربعة اجزاء .

ابن القيم الجوزية - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مصر ، ١٣١٧ هـ .

ابن تيمية - مجموعة الرسائل الكبرى ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .

ابن تيمية - فتاوى ، مصر ، ١٣٢٦ - ٢٩ هـ ، خمسة اجزاء .

ابن رجب (ابو الفرج عبد الرحمن) - القواعد في الفقه الاسلامي ، مطبعة الصدق الخيرية ، مصر ، ١٩٣٣ .

ابن قدامة (موفق الدين) - كتاب المغني ، مطبعة المنار ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٢ جزءا .

ابن قدامة المقدسي (شمس الدين) - الشرح الكبير ، طبع بذيل المغني .

البهوتي (منصور بن يونس) - الروض المربع بشرح زاد المستنقع ، القاهرة ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .

٧ ـ مذاهب اخرى ومقارنات

ابن حزم – المحلى ، مطبعة النهضة ، مصر ، ١٣٤٧-٥٢ هـ ، ١١ جزءاً .
ابن رشد (الحفيد) – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مطبعة صبيح ، مصر ، الطبعة الاولى ، جزءان .
الجزيري (عبدالرحمن) – الفقه على المذاهب الاربعة ، مصر ، ١٩٣٣-٣٨ ، اربعة اجزاء .
الحسيني العاملي (محمد الجواد) – مفتاح الكرامة ، مطبعة الشورى ، مصر ، ١٣٢٣-٢٦ هـ .
الحلي المحقق (جعفر بن الحسن) – شرائع الاسلام ، مطبعة التبريزي ، ١٣٢٠ هـ .
الجيمي – الروض النضير شرح المجموع (فقه زيدي) مع تتمته ، مصر ، ١٣٤٧ – ٤٩ هـ ، خمسة اجزاء .
الدمشقي – رحمة الامة في اختلاف الائمة ، طبع بهامش الميزان الكبرى .
الشعراني (عبد الوهاب) – كتاب الميزان الكبرى ، المطبعة الازهرية ، ١٩٣٢ ، جزءان .
صبري (محمد حافظ) – المقارنات والمقابلات ، مصر ، ١٩٠٢ .
الطباطبائي (آية الله الشريف) – العروة الوثقى ، صيدا ، ١٣٤٨-٤٩ هـ ، جزءان .
الطبري (محمد بن جرير) – اختلاف الفقهاء ، طبع كرن ، مصر ، ١٩٠٢ .
القرافي (شهاب الدين) – الفروق ، مصر ، طبعة اولى ، ١٣٤٤-٤٦ هـ ، اربعة اجزاء .
المتعافي (رضوان شافعي) – الجنايات المتحدة في القانون والشريعة ، مصر ، ١٩٣٠ .
محمصاني (صبحي) – فلسفة التشريع في الاسلام ، بيروت ، ١٩٤٦ .

٨ ـ قوانين وكتب مختلفة

ابن خلدون – المقدمة ، المطبعة البهية ، مصر .
ابن خلكان – وفيات الاعيان وبهامشه الشقائق النعمانية والعقد المنظوم ، مصر ، ١٣١٠ هـ ، جزءان .
ابن عبد البر – الانتقاء في فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ، القاهرة ، ١٣٥٠ هـ .
ابن عبد ربه – العقد الفريد ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٩٣٥ ، اربعة اجزاء .

ابن قتيبـــة — الامامة والسياسة ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، جزءان .

ابن قتيبـــة — عيون الاخبار ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة .

ابن قتيبـــة — المعارف ، المطبعة الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٤ .

ابن منظـــور — قاموس لسان العرب .

الالوسي (محمود شكري) — بلوغ الارب في معرفـــة احوال العرب ، مصر ، ١٩٢٤ ، ثلاثة اجزاء .

انطونيوس(جورج) — يقظة العرب ، تعريب الركابي ، دمشق ، ١٩٤٦ .

باز (سليم رستم) — شرح اصول المحاكمات الحقوقية ، بيروت ، ١٩٢٥ .

بوست (جورج) — قاموس الكتاب المقدس ، بيروت ، ١٨٩٤ ، جزءان .

التنبكتي (سيدي احمد بابا) — نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، بهامش الديبـــاج لابن فرحون ، مصر ، ١٣٥١ هـ .

الجريدة الرسمية اللبنانية .

الجريدة العلمية للمشيخة الاسلامية العثمانية .

حسن (حسن ابراهيم وعلي ابراهيم) — النظم الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٩ .

الخضري — محاضرات تاريخ الامم الاسلامية ، الطبعة الرابعة ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، جزءان .

رزق (فؤاد) — مجلة المحامي ، زحلة .

زغلول (احمدفتحي) — شرح القانون المدني ، مصر ، ١٩١٣ .

سليمان (الشيخ محمد) — رسالة بأي شرع نحكم ، بولاق ، ١٩٣٦ .

السنهوري باشا (الدكتور عبد الرزاق احمد) — النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول نظرية العقد ، القاهرة ، ١٩٣٤ .

صادر (يوسف) — المجلة القضائية ، بيروت .

صادر — مجموعة القوانين ، بيروت .

صفوت (احمد ذكي) — جمهرة رسائل العرب ، مصر ، ١٩٣٧ .

عبد الرحيم الدهلوي (احمد شاه ولي) — حجة الله البالغة ، المطبعة المنيرية ، ١٣٥٢ هـ .

عبد القادر (الدكتور علي حسن) — نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٤٢ .

عرنوس (محمود) — تاريخ القضاء في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٣٤ .

الغزالي — احياء علوم الدين ، المطبعة العثمانية المصرية ، ١٩٣٣ ، اربعة اجزاء .

القانون المدني الاهلي المصري .

قوانين عثمانية : — قانون اصول المحاكمات الحقوقية ، قانون الاجراء ، قانون العائلة ، قانون الجزاء ، نظام ادارة اموال الايتام .

قوانين لبنانية : — قانون الموجبات والعقود ، قانون اصول المحاكمات المدنية ، قانون التجارة ، قانون العقوبات ، نظام المحاكم الشرعية (المرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١) ، قانون الملكية السوري اللبناني (القرار رقم ٣٣٣٩) ، قرارات السجل العقاري في سوريا ولبنان (ذات الارقام ١٨٦ — ١٨٩ وتعديلاتها) .

الكتاب المقدس ، العهد القديم .

اللكنوي الهندي (محمد) — الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، مع التعليقات السنية ، مصر ، ١٣٢٤ هـ .

المر (دعيبس) — احكام الاراضي ، القدس ، ١٩٢٣ .

الماوردي — الاحكام السلطانية والولايات الدينية ، المطبعة المحمودية التجارية ، مصر .

مشرفة (عطية مصطفى) — القضاء في الاسلام ، مصر ، ١٩٣٩ .

الميداني (ابو الفضل احمد) — مجمع الامثال ، مصر ، ١٣٤٢ هـ ، جزءان .

النشرة الرسمية للمفوضية الفرنسية في سوريا ولبنان .

النشرة القضائية اللبنانية .

المصادر الافرنجية

ABDURRAHIM - Muhammadan Jurisprudence, London & Madras, 1911.
AGHNIDES - Muhammadan Theories of Finance, New York, 1916.
ANCEL - Traité de la capacité civile de la femme mariée, Paris, 1938.
ANNALES de droit commercial, Paris, 1901.
ANNUAL Survey of English Law, London.
ANSON - Law of Contract, Oxford, 1929.
BUCKLAND (W. W.) - Manual of Roman Private Law, Cambridge, 1925.
BULLETIN trimestriel de la Société de législation comparée, 1937.
BURGERLICHES Gesetzbuch für das Deutsche Reich .
CAPITANT (H.) - De la cause des obligations, Paris, 1923.
CARDAHI (Ch.) - Code des obligations du Liban, Paris, 1932.
CARDAHI - Les conditions générales de la vente, Beyrouth, 1945.
CHEHATA (Ch.) - Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, T. I[er], Caire, 1936.
CHESHIRE - Modern Law of Real Property, London, 1933.
CODE civil français.
COLIN ET CAPITANT - Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1923 — 25, 3 vol.
COULANGES (Fustel de) - La cité antique, Paris, 1923.
DALLOZ - Répertoire pratique.
DEMOGUE - Traité des Obligations en général, T. I—VII, Paris, 1927-1933.
DIAMOND - Primitive Law, London, 1935.
FATHY (Mahmoud) - La notion de l'abus des droits dans la jurisprudence musulmane, St-Etienne, 1912.
GARRAUD - Précis de droit criminel, Paris, 1921.
GIDE (Ch.) - Cours d'économie politique, 10me ed. , Paris, 2 vol.
GIRARD - Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924.
GIRARD - Textes de droit romain, Paris, 1923.
GLASSON, TISSIER ET MOREL - Procédure civile, Paris, 1925-36, 5 vol.
GOADBY - Introduction to the Study of Law, London, 1921.
GOLDSCHMIDT (H. W.) - English Law from the Foreign Standpoint, London, 1937.

HARRIS - Principles and Practice of the Criminal Law, London, 1926.

HEYD (W.) - Histoire du Commerce au Levant au moyen âge, Leipzig, 1923.

HIBBERT - Leading Cases in Conflict of Laws, London, 1931.

HOLDSWORTH (W.S.) - Historical Introduction to Land Law, Oxford, 1927

JENKS - The Book of English Law, London, 1932.

JOSSERAND (L.) - Cours de droit civil positif français, T. II, Paris, 1933

JOSSERAND - De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris, 1927.

KENNY - Cases on the Law of Torts, Cambridge, 1928.

LAW Quarterly Review, esp. 1936-39.

MAINE (H. S.) - Ancient Law, Dent & Sons, London, 1927.

MELANGES à la mémoire de P. Huvelin, Paris, 1938.

MILES & BRIERLY - Cases on the Law of Contract, Oxford, 1923.

MULLA - Principles of Mahomedan Law, Calcutta, 1938.

PETIT (E.) - Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1920.

PITT COBBETT - Cases on International Law, London, 1932, 2 vol.

PLANIOL - Traité élémentaire de droit civil, Paris ,9me éd. , 3 vol.

PLANIOL, RIPERT & ESMEIN - Traité pratique de droit civil français les Obligations, T. VI & VII, Paris, 1930-31.

POLLOCK (F.) - The Law of Torts, London, 1929.

SALMOND - Jurisprudence, London, 1924.

SIREY - Recueil Général.

STEPHEN - Commentaries of the Laws of England, 18 th ed. , London 1925, 4 vol.

TYAN (Emile) -Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman, Beyrouth,1926.

WILSON - Digest of Anglo-Muhammadan Law, Calcutta, 1921.

HARRIS - Principles and Practice of the Criminal Law, London, 1926.
HEYD (W.) - Histoire du Commerce au Levant au moyen âge, Leipzig, 1923.
HIBBERT - Leading Cases in Conflict of Laws, London, 1931.
HOLDSWORTH (W. S.) - Historical Introduction to Land Law, Oxford, 1927.
JENKS - The Book of English Law, London, 1932.
JOSSERAND (L.) - Cours de droit civil positif français, T. II, Paris, 1933.
JOSSERAND - De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris, 1927.
KENNY - Cases on the Law of Torts, Cambridge, 1928.
LAW Quarterly Review, esp. 1926-33.
MAINE (H. S.) - Ancient Law, Dent & Sons, London, 1927.
MÉLANGES à la mémoire de P. Huvelin, Paris, 1938.
MILES & BRIERLY - Cases on the Law of Contract, Oxford, 1923.
MULLA - Principles of Mahomedan Law, Calcutta, 1926.
PETIT (E.) - Traité élémentaire de droit romain, Paris, 1925.
PITT COBBETT - Cases on International Law, London, 1922, 2 vol.
PLANIOL - Traité élémentaire de droit civil, Paris, 9me éd., 3 vol.
PLANIOL, RIPERT & ESMEIN - Traité pratique de droit civil français les Obligations, T. VI & VII, Paris, 1930-31.
POLLOCK (F.) - The Law of Torts, London, 1929.
SALMOND - Jurisprudence, London, 1924.
SIREY - Recueil Général.
STEPHEN - Commentaries on the Laws of England, 18th ed., London 1925, 4 vol.
TYAN (Emile) - Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman, Beyrouth, 1926.
WILSON - Digest of Anglo-Mohammedan Law, Calcutta, 1921.

فهرست الجزء الثاني

من كتاب النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية

صفحة

الباب الرابع - مفاعيل العقود وحلها

القسم الرابع - مفاعيل الموجبات وانقضاؤها وسقوطها

الباب الأول - مفاعيل الموجبات

الاغلاط المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨	١٧	أن	إن
٩	٥	كاندور	كالنذور
١٢	١٠	باصلة	باصله
١٤	١	عن البدل	على البدل
١٨	٨	للموهب	للموهوب
٢٦	١٦	هناك	هاك
٢٨	١١	المشتثنيات	المستثنيات
٢٩	١٧	وان	إن
٣٠	١٢	فيها معنى	ليس فيها معنى
٣١	٣	اشدا	اشهدا
٣٦	٤	بعض القوانين	في بعض القوانين
٣٧	٨	حد	احد
٤١	٢١	خمساية قرشاً	خمسمائة
٤٤	٧	الى هذا	ان هذا
٥٨	٢	يعطى	يعطي
٦٢	٥	يؤيد	يؤيده
٦٥	١٥	عنده	عندما

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٧١	١٠	عن البدل	على البدل
٧٢	١٧	المعارضة	المعاوضة
٨٤	٥	تُخل	تخلُ
٨٨	هامش ٢	اللجنة	لجنة تعديل القوانين
٩٢	٧	والمعقود	والمعقد
٩٦	٨	حماماً ما	حماماً
١٢١	٢	ن	ان
١٥١	١	بيعها هو	بيعه
٢١٨	١٤	ثلاث ، سنين	ثلاث سنين،
٢١٩	١	ورد	ورد
٢٤١	١٥	فشروا	فسّروا
٢٤٤	٧	للبناني	اللبناني
٢٤٤	١١	بآية	بآفة
٢٤٥	هامش ٢ سطر ٢	المادتان	المادتين
٢٦١	١٢	بتسليم	عن تسليم
٢٧٨	٢	عند	عنه
٢٩١	١٤	عين	عيناً
٢٩٤	١٦	القانون	في القانون
٣٤٩	٢	الصورة	الصور



THE GENERAL THEORY
OF
THE LAW OF OBLIGATIONS & CONTRACTS UNDER MUHAMMADAN JURISPRUDENCE

A comparative study of the Islamic rites
from the modern standpoint

BY

SOBHI MAHMASSANI

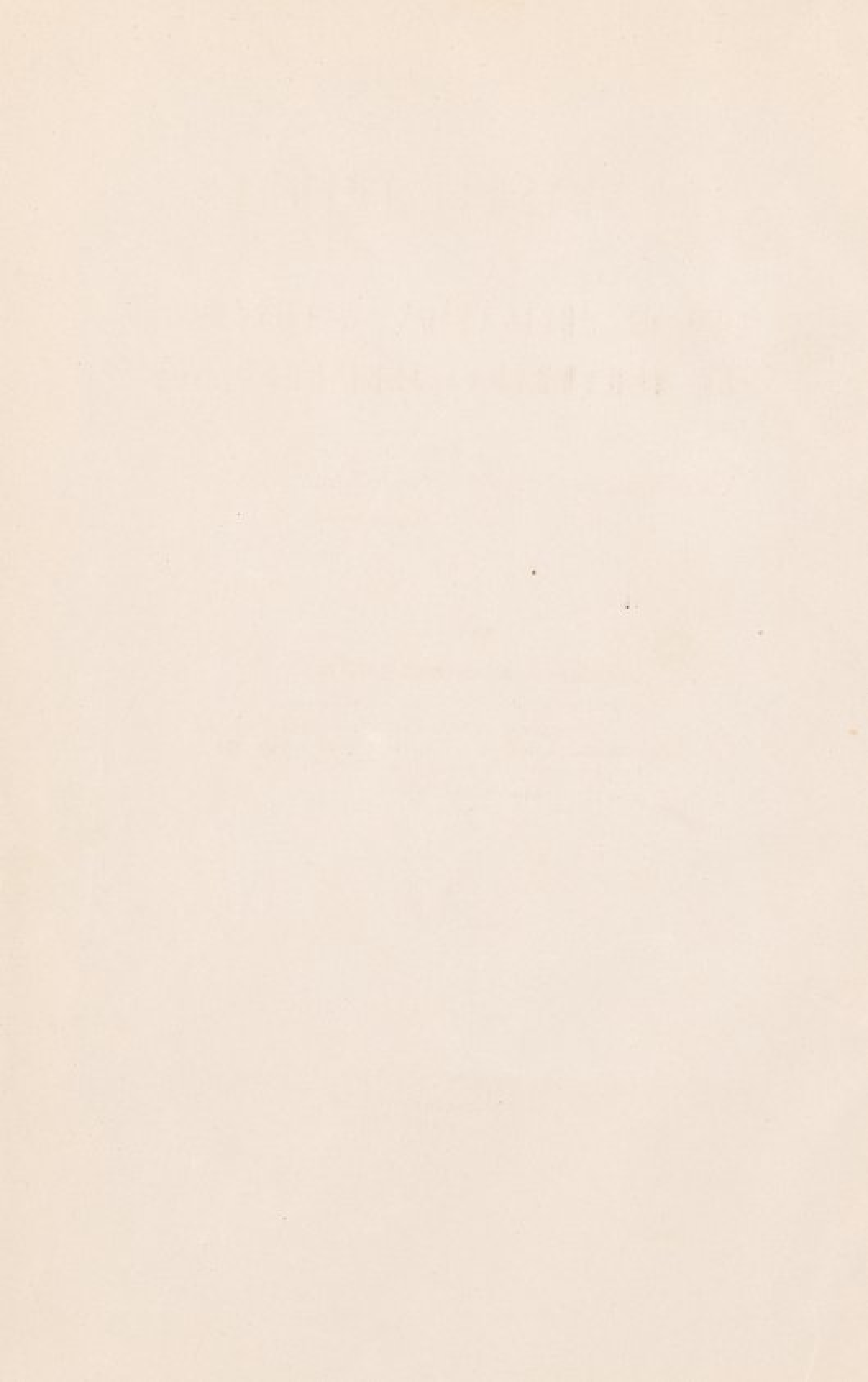
Docteur en Droit (Lyon), L. L. B. (Lond.)
Formerly President at the Leb. Court of Appeal
Lecturer on Majallah & Roman Law at the American University
Member of the Arab Academy of Damascus
Attorney - at - law

VOL. 2

Published by

DA'R AL - KACHAFF
BEIRUT - LEBANON

Printed in Lebanon



THE GENERAL THEORY OF THE LAW OF OBLIGATIONS & CONTRACTS UNDER MUHAMMADAN JURISPRUDENCE

12

A comparative study of the Islamic rules from the modern standpoint

BY

SOBHI MAHMASSANI

[illegible]

VOL. 2

[illegible]






AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
الجامعة الاميركية في بيروت

